



Juzgado de Primera Instancia Nº 7
c/ San Roque, 4 - 4ª Planta
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848 424369
Fax.: 848 424365
TX019

Sección: D
Procedimiento: PROCEDIMIENTO
ORDINARIO (CONTRATACIÓN - 249.1.5)
Nº Procedimiento: 0000841/2016
NIG: 3120142120160006992
Materia: Contratos en general
Resolución: Sentencia 000164/2017

SENTENCIA Nº 000164/2017

En Pamplona/Iruña, a 13 de junio del 2017.

Vistos por la Ilma Dña. BEATRIZ GARCIA NOAIN, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) nº 0000841/2016 seguidos ante este Juzgado, a instancia de ,

representados por la Procuradora ,

asistidos por el Letrado ,

CAJA

RURAL DE NAVARRA S C LIMITADA DE CREDITO representada por el Procurador y defendido por el Letrado D.

ASIER ENERIZ ARRAIZA sobre nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en este Juzgado, por turno de reparto, demanda de juicio Ordinario, formulada por A. .

, contra .

DE NAVARRA S.COOP. LIMITADA DE CREDITO, por la que suplicaba a este Juzgado que dictara sentencia por la que DECLARE:

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44af4cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

- A. NULIDAD DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL Tipo de interés ordinario mínimo, recogida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de septiembre de 2004, con los efectos inherentes a tal declaración.
- B. La retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula contractual Tipo de interés ordinario mínimo, declarando que la entidad proceda a la devolución de aquéllas cantidades abonadas indebidamente por los actores, durante la aplicación de dicha cláusula y, subsidiariamente, para el supuesto de considerar que no procede la retroactividad por cuestiones de índole económica nacional y/u orden público, se estime la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula desde la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.
- C. LA NULIDAD DEL ACUERDO DE NOVACION FIRMADO el 17 de septiembre de 2015 y todos los efectos inherentes a tal declaración, en especial la devolución de las cantidades cobradas de más, como consecuencia de la aplicación del tipo fijo establecido en vez de las condiciones de la hipoteca sin Euribor.
- D. NULIDAD DE LA CLAUSULA CONTRACTUAL de intereses de demora con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.
- E. Condena a los intereses generados por las cantidades cobradas indebidamente
- F. Expresa imposición en costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte, demandada, quien compareció y contestó, oponiéndose a la demanda e interesando su desestimación, con imposición en costas a la parte actora.

TERCERO.- Presentado el anterior escrito, se convocó a las partes a la correspondiente audiencia previa, compareciendo ambas, las cuales se ratificaron en sus escritos e interesaron el recibimiento a prueba, y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora: 13/06/2017 15:12	Firmado por: BEATRIZ GARCIA
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44af1cDAA==

admitida la estimada pertinente, se señaló el acto de juicio para su práctica.

CUARTO.- Celebrado éste en el día señalado, se registró en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, practicándose en dicho acto las pruebas propuestas y admitidas en la forma en que consta en el oportuno soporte, y previo informe de las partes, quedó el juicio visto para sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acción ejercitada por la parte actora. Posición de la demandada.

Pretende la parte actora en el presente procedimiento, al amparo de la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios, así como reguladora de las condiciones generales de la contratación, que se declare la nulidad de las cláusulas contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la demandada en fecha 29 de septiembre de 2004, en concreto, la Cláusula que fija un tipo mínimo de interés del 2'50%, entendiendo que dicha cláusula es abusiva, conforme a la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE así como del Tribunal Supremo, interesando en cuanto a la denominada "cláusula suelo", y como efecto derivado de su alegada nulidad, la devolución de las cantidades abonadas en exceso respecto a las que hubieran sido procedentes sin la existencia de tal limitación a la variabilidad del tipo de interés. Por otro lado, admitiendo que existió una novación firmada entre las partes en fecha 17 de septiembre de 2015, por la que se deja sin efecto la indicada cláusula suelo, estableciéndose otro tipo de interés, así como la renuncia al ejercicio de acciones, pretende la declaración de nulidad de tal acuerdo como consecuencia del efecto propagador que ha de reconocerse a la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. Finalmente, y asimismo,

pretende que se declare la nulidad por abusividad de la cláusula contractual que establece el tipo de interés de demora y que lo fija en un 18%.

La parte demandada en autos, reconociendo la realidad del préstamo hipotecario suscrito con la demandante, así como de la novación pactada en fecha 17 de septiembre de 2015, y la existencia de las cláusulas referidas se ha opuesto íntegramente a la demanda, manteniendo en cuanto a la cláusula suelo que la misma fue negociada, teniendo en cuenta el perfil contractual que aduce de la actora, y que en todo caso, la misma cumple las exigencias jurisprudenciales para su validez, resultando clara, sencilla, habiendo sido debidamente informada y cumpliéndose cuantas exigencias normativas eran aplicables en el momento. Asimismo aduce que la cláusula ha sido consentida pacíficamente por la demandante desde su inicial entrada en funcionamiento, por lo que invoca la doctrina de la confirmación de los contratos y la teoría de los actos propios. Pero es que, además, independientemente de lo expuesto, considera que, habiendo renunciado la parte actora al ejercicio de las acciones correspondientes mediante la novación firmada en el año 2015, está igualmente actuando contra sus propios actos, por lo que no procede la declaración de ninguna nulidad. De forma subsidiaria, y ya en cuanto a los efectos de una hipotética declaración de nulidad, en base al artículo 219 de la LECivil, que se considera infringido por la actora, se indica que la misma no fija con claridad y precisión la cantidad a devolver, por lo que considera que no procede devolución de cantidad alguna. Asimismo, considera y alega la irretroactividad de la sentencia que se dicte, o bien, la limitación de efectos derivada de la STS de 25 de marzo de 2015, en cuanto a los producidos con posterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

Por lo que respecta a la cláusula de intereses moratorios, admitiendo igualmente su existencia, aduce la validez de la misma, si bien de forma subsidiaria considera que procede su moderación al límite de dos puntos por encima del tipo de interés remuneratorio.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb6b44af4cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

SEGUNDO.- Requisitos para poder declarar la abusividad de la cláusula suelo. Doctrina del Tribunal Supremo conforme a Sentencia de fecha 9 de mayo de 2014 y ratificada por la de 16 de julio de 2015, así como la de 24 de marzo de 2015.

Antes de determinar el posible efecto que, en su caso, haya podido producir la novación que se señala firmada en fecha 17 de septiembre de 2015, y comenzando por la pretensión de nulidad de la cláusula suelo, hemos de comenzar analizando si la misma puede ser o no declarada abusiva a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la fundamental sentencia anteriormente referida, que además ha sido desarrollada aún más en otras posteriores, todo ello de conformidad con la doctrina del TJUE en relación con la Directiva 93/13.

Así, examinando el tenor de la citada sentencia, en primer lugar ha de analizarse si estamos ante una **CONDICION GENERAL DE LA CONTRATACIÓN**, señalando el Tribunal Supremo que, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, para que se estimen como tales deben revestir las siguientes notas: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, siendo indiferente la autoría material de las condiciones y si el adherente es un consumidor o un profesional a estos efectos. Entiende el Alto Tribunal que las condiciones generales se pueden referir al objeto principal del contrato, al margen del grado del control judicial que de ellas sea posible, cohonestando los principios de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (artículo 38 de la CE) y la necesaria protección de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 51 de la CE). Y añade que ha de distinguirse que las condiciones sean conocidas a que sean impuestas, por cuanto lo primero no impide lo segundo, dado que es necesario, en virtud del principio de consentimiento, que desde luego las condiciones sean conocidas para que se puedan entender incorporadas al contrato.

En segundo lugar, el TS analiza cuando debe entenderse que nos encontramos ante una **CONDICION GENERAL IMPUESTA**, y señala que

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44af4cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44af4tcDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

no deja de darse el requisito de la imposición por la circunstancia de que se ofrezcan al adherente varias posibilidades igualmente estandarizadas con cláusulas igualmente predispuestas sin posibilidad de negociación, no siendo preciso que se destinen a su inclusión a todos los contratos celebrados, sino bastando que tengan vocación de incluirse en una pluralidad de ellos, no siendo preciso el concepto de inevitabilidad para el adherente, sino simplemente ausencia de negociación individual, sin que desde luego exista correspondencia con la imposición del contrato o de la obligación de contratar, siendo un hecho notorio que en el ámbito de los servicios bancarios se opera con cláusulas que son condiciones generales predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, siendo una forma actual de contratar en masa, que no implica sin más ninguna ilicitud (STS de 18 de junio de 2012). Ahora bien, en todo caso, la inexistencia de imposición por existir propiamente una negociación individual, ha de ser probada por el empresario.

En tercer lugar, la referida sentencia se plantea si cabe el CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES QUE DEFINEN EL OBJETO DEL CONTRATO. Así, en primer lugar, parte del hecho de que, aún existiendo, como en este ámbito, disposiciones legales o reglamentarias imperativas de garantía y transparencia, ello no impide la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Ahora bien, cuando se trata de condiciones generales que definen el objeto principal del contrato o determinan el precio, entiende el TJUE en relación con la Directiva 93/13 que no cabe su control. Pues bien, nuestro T. Supremo, frente a las diferentes tesis doctrinales mantenidas, entiende que la cláusula de limitación del tipo de interés es un elemento esencial, inherente al precio, pero ello no excluye totalmente la posibilidad de control de su abusividad, señalando que deben ser sometidas a un doble control de transparencia.

El primer control que define es el CONTROL DE INCORPORACION en el contrato, esto es, el cumplimiento de los requisitos de los artículos 5.5 y 7 de la LCGC, señalando que la regulación del proceso de contratación previsto en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza la observancia formal

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44afktdAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

de tales requisitos. Ahora bien, tratándose de consumidores, impone un segundo CONTROL DE TRANSPARENCIA, que implica que el consumidor conozca con sencillez la carga "económica" del contrato y la carga "jurídica" del mismo, conforme al artículo 80 del TRLCU, esto es, que con la información suministrada, el consumidor conozca y pueda percibir que se encuentra ante un elemento esencial del contrato, no accesorio y cómo puede jugar en la economía de su contrato, no bastando la mera claridad documental, indicándose distintos parámetros que deben ser observados, como la presentación de distintos escenarios, los costes comparativos de otras posibilidades etc.

Finalmente, el TS en la sentencia indicada valora cómo pueden ser reputadas ABUSIVAS las cláusulas señalando que aunque las mismas sean claras no quiere decirse que no sean abusivas (lo que ocurre es que en dicho caso queda excluido el control de abusividad), y a sensu contrario, el que no sean claras no significa que sean abusivas o desequilibradas. Para determinar dicha circunstancia, conforme al artículo 8.2 de la LCGC se precisa que, contra las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio en el consumidor, debiendo ser tendidas en cuenta para ello las circunstancias del momento de la contratación, así como la naturaleza de los bienes y servicios. A falta de una definición legal de tal desequilibrio, el TS indica que, conforme a la doctrina europea, ha de proyectarse sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien legalmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptadas en un mercado libre, valorándose, en definitiva, si existe un reparto real de riesgos.

TERCERO.- Existencia de una cláusula impuesta, abusiva, y por ende nula.

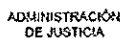
Entendemos que, a la vista de la doctrina expuesta, y la prueba practicada en el presente procedimiento, hemos de llegar a la conclusión de que nos encontramos ante una condición general de la contratación impuesta, no negociada individualmente, como indica la parte demandada,

y que además, tras no superar el doble filtro de transparencia, puede ser estimada abusiva, conllevando ello la declaración de su nulidad.

Así, en efecto, el hecho de que se haya tratado de justificar que la parte actora ha suscrito otros préstamos, de diferente naturaleza y con otras finalidades, no implica que existiera una negociación individual de la cláusula cuestionada, negociación individual que no deriva de ese simple intento de acreditar un determinado perfil de la parte actora, que por otro lado nada impide su consideración como consumidor, siendo por tanto una condición que, en todo caso, y salvo prueba en contrario cuya carga incumbe a la parte demandada, ha de ser reputada como general de la contratación y predispuesta e impuesta por la entidad bancaria correspondiente.

Por tanto, encontrándonos ante una condición general predispuesta e impuesta por la parte demandada a los actores, cuya condición de consumidores deriva de al finalidad del préstamo concertado, que no era otra que la adquisición de su vivienda habitual, hemos de analizar si la cláusula cumple el doble filtro de incorporación y transparencia, haciendo en su caso posible el control de abusividad. Al respecto, si bien a priori puede estimarse cumplido el control de incorporación, al contenerse en la escritura de préstamo hipotecario las advertencias notariales indicativas del cumplimiento de los requisitos de la OM de 5 de mayo de 1994, aún cuando no conste expresamente que la oferta vinculante fuera entregada a los actores, lo que desde luego no entendemos es suficientemente justificado el cumplimiento del presupuesto de transparencia, esto es, la información adecuada y suficiente a la parte demandada de la carga jurídica y económica de la cláusula en cuestión, en el sentido de conocer que nos encontramos ante un elemento esencial del contrato y cómo puede jugar en la economía del mismo, advirtiendo expresamente de los diversos escenarios y previsiones futuras, cuestión ésta que desde luego no puede entenderse sin más acreditada por las explicaciones verbales en el acto de juicio del empleado bancario, totalmente negadas por los demandantes en el mismo.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32ae905e6654aa5a620818eb44af4cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA



Fecha y hora: 13/06/2017 15:12

Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb4a14cDAA==

Siendo ello así, desde luego se abre un posible control de abusividad, abusividad que entendemos clara en el presente supuesto en cuanto al posible reparto real de riesgos, si tenemos en consideración el tope mínimo fijado, prácticamente coincidente con el tipo inicial pactado, de manera que prácticamente se convertía en un préstamo sólo variable al alza, apareciendo además fijado el tipo de interés en función de una serie de bonificaciones, que difícilmente podían ser aplicables en caso de bajar el tipo de interés, como ha venido a acontecer, lo que viene a suponer que el banco se reserva una posición ventajosa, determinante de un desequilibrio en las prestaciones contrario a las exigencias de la buena fe.

Por tanto, y en definitiva, tal y como aduce la parte actora, hemos de reputar la cláusula indicada abusiva, por ende nula, procediendo su eliminación, sin perjuicio de mantener su validez el resto de la relación contractual, sin perjuicio de lo que después pronunciaremos sobre la novación firmada.

CUARTO.- Inaplicación de la teoría de los actos propios, ni confirmación del contrato.

Como hemos dicho, la parte demandada pretende oponerse a la pretensión actora, basándose en las citadas argumentaciones, todas las cuales parten del hecho de que la parte demandante no ha alegado ni reclamado nada durante años, añadiendo que además se firmó una novación con eliminación de la cláusula y renuncia al ejercicio de acciones en el año 2015.

En primer lugar diremos que, sentado que nuestra jurisprudencia no considera aplicable la teoría de los actos propios a los supuestos de vicios de consentimiento, en cualquier caso tampoco nos encontramos ante un contrato anulable por tal vicio y por tanto susceptible de confirmación, sino ante una cláusula que adolece de nulidad absoluta y radical, no susceptible de subsanación ni de confirmación, por cuanto lo nulo no produce efecto alguno.

Por ello, sin perjuicio de lo que ahora desarrollaremos en torno a la novación firmada en fecha 17 de septiembre de 2015, las excepciones aducidas por la demandada han de ser desestimadas.

QUINTO.- Sobre la nulidad de la novación firmada el 17 de septiembre de 2015.

Como hemos venido indicando, partiéndose del hecho reconocido de que la parte actora y la demandada suscribieron un acuerdo novatorio en fecha 17 de septiembre de 2015, en virtud del cual se dejaba sin efecto la cláusula suelo, alterándose el tipo de interés inicialmente pactado, e implicando una renuncia al ejercicio de acciones y reclamaciones por razón de la cláusula suelo, la parte actora postula la nulidad del citado acuerdo, por tener que verse afectado por el efecto propagador de la nulidad inicial, mientras que la parte demandada sostiene la inviabilidad de cualquier pretensión de la actora en torno al tipo de interés, en virtud de la renuncia realizada, y conforme a la doctrina de los actos propios.

Por nuestra parte, entendemos que la nulidad inicial ha de trascender a la pretendida novación que se realizó, por mucho que ya se efectuara con conocimiento de la existencia de una cláusula suelo que, precisamente, se deja sin efecto. Y ello por cuanto, al margen de la teoría aducida por la parte actora, desde luego lo que no cabe en nuestro derecho es pretender una sanación de una cláusula que es radicalmente nula y que, por abusiva, no puede producir efecto alguno, siendo que el negocio convalidante es nulo si el que pretende convalidar adolece de nulidad radical. Pero es que además, no podemos obviar que nos encontramos ante un contrato celebrado con un consumidor, merecedor de especial protección frente a cualquier posición abusiva, siendo que al mismo se le impone una renuncia al ejercicio de acciones en el marco de aplicación de una cláusula nula y como mecanismo necesario para que la misma deje de ser aplicable, aún a pretexto de modificar otras condiciones del tipo de interés en beneficio de quien impuso la cláusula inicialmente nula, de manera que entendemos que dar validez a dicha “novación”, “transacción” y renuncia de derechos vendría a representar un fraude de

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44atkcDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb44a1cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

ley, dado que por dicha vía se mantendría la validez de una cláusula abusiva, que no dejaría de producir efecto alguno frente al consumidor, sino que abocaría a éste a verse sujeto a otras condiciones distintas a las que, precisamente, no estaban afectadas por la nulidad de la cláusula abusiva.

En tal sentido, hacemos nuestras las argumentaciones que se contienen en la Sentencia de la A. Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de fecha 27 de abril de 2017, que aun cuando se refieren a una novación un tanto diferente, consideramos que son plenamente aplicables al presente supuesto, y que por su claridad transcribimos literalmente:

TERCERO

Carácter no confirmatorio de la novación contractual realizada

Invoca la recurrente que en el presente caso los actores habían suscrito un documento privado de fecha 9 de agosto de 2013 en el que los mismos manifestaban en su expositivo haber negociado el contrato de préstamo, haber sido informados de la inicial existencia de una cláusula suelo, así como que la habían negociado -convenido-, que la parte prestataria reconocía la existencia de un tipo mínimo de interés contenido en el contrato y que el tipo de interés mínimo convenido en el contrato y en esta novación propuesta es un elemento esencial del contrato para determinar el tipo de interés que se viene aplicando en el préstamo y, además, tras fijar una cláusula con un interés mínimo menor, mantiene como estipulación -la tercera- que "ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas todas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha cuya corrección reconocen".

Se alega que el actor conocía las características de la cláusula en litigio por la ulterior novación realizada por el actor conociendo ya la cláusula suelo del contrato inicial y su contenido limitador de la bajada de los tipos de interés, así como que esta tenía carácter confirmatorio del contrato y suponía una renuncia a la acción de nulidad. Tal documento no tiene carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma. Así, el auto nº 77/2016, de 18 de febrero, (rollo 565/2015) de esta Sala ha declarado que:

"En el caso concreto, la resolución de la instancia estimó que la sustitución o

novación de la cláusula tachada de nula, al no rebasar el control de transparencia exigido por la norma y su interpretación jurisprudencial, era un acto dispositivo válido de la parte actora al amparo del art. 1.255 del CC (LEG 1889, 27) y, por tanto, equivalía a una renuncia a la invocación de la nulidad sobre la cláusula resultante.

A ese respecto la actora, con fundamento en diversa doctrina nacional y del TJUE, mantiene la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.

En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE (LCEur 1993, 1071) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 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".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producit effectum -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb6b44a4cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Fecha y hora: 13/06/2017 15:12	Firmado por: BEATRIZ GARCIA
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120142007-7732a6905e6654aa5a620818eb44a4f4cDAA==

de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

Incluso frente a las alegaciones de la recurrente habrá que concluir:

a) Que la declaración contenida en el documento novatorio de referencia atinente a la existencia de información sobre la existencia de una cláusula suelo inicial y el carácter negociado de la misma, ha de reputarse **una declaración de voluntad**, no una declaración de conocimiento, y es realizada en el expositivo del documento, unilateralmente prerredactado por la entidad y que no constituye objeto estrictamente del pacto. La existencia o no de información previa y el carácter negociado o no del contrato no dependen de la declaración de los actores en un expositivo de un documento dirigido a rebajar la entidad de la cláusula suelo fijada en el contrato y que no es objeto específico de negociación, sino de imposición, por la demandada dentro de un texto cerrado y en el marco de una campaña general de la misma para pactar con sus clientes esta solución.

Por ello, ni esta declaración estereotipada permite concluir que la actora sabía, ni entonces, ni antes, del carácter de condición general de la cláusula en litigio, ni acredita su carácter negociado, ni que el consumidor que la suscribió tuviera otra intención distinta a la de rebajar su carga económica hipotecaria en alguna medida.

b) Pero, además, el pacto referido a la renuncia a ejercitar acciones, tratándose de una relación consumidor-entidad en el marco de la contratación seriada, no puede tener la eficacia pretendida por la recurrente y ello por lo siguiente:

1) Dentro del propio Código civil, el artículo 1.208 del mismo establece la nulidad de la obligación nueva, si la novada también lo fuera. En el presente caso, la cláusula originaria, tras su enjuiciamiento por el juez a quo ha sido considerada nula por contrariar la normativa de consumo, y la Sala, en esta resolución, ha aceptado tal declaración.

2) El propio art. 1.255 del CC, aun fuera de la contratación seriada, lo que no es el caso, fija entre los límites a la libertad contractual, el orden público.

4) En el ámbito del Derecho de consumo, el art 10 de la LGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) prohíbe la renuncia previa a los derechos de los consumidores y la posterior realizada en fraude de los derechos de los mismos (art 6 del CC).

5) De igual manera, el art 8, incisos b) y f), de la LGDCU establece la protección de los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusiva e impone la protección de los mismos mediante procedimientos eficaces para suplir la situación de subordinación, desigualdad e indefensión de estos respecto a los profesionales.

Incluso no puede alegarse que fue el consumidor el que aceptó la aplicación de la cláusula nula, conforme a la STJUE de 21 de febrero de 2013, Asunto C-472/11, que establece que:

Fecha y hora: 13/06/2017 15:12

Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebcb44afkcdA==

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb6b44afktcDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.

No es este el caso, en cuanto no hubo una renuncia a hacer valer su derecho con conocimiento de la posible nulidad, sino, precisamente y conforme al tenor literal del documento suscrito, este partía de la validez de la cláusula y para mejorar la situación contractual del actor, "teoría del mal menor". En modo alguno la entidad demandada cuestiona, menos aún ante un órgano judicial, la eficacia de la cláusula de interés mínimo en el momento de suscribir el acuerdo novatorio, sino que se atemperan sus consecuencias a cambio de la imposición de la renuncia a reclamar en el futuro y por los intereses vencidos y abonados, cuyo final y definitivo importe no ha conocido el consumidor hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la STS nº 123/2017, de 24 de febrero (RJ 2017, 602), que modifica la propia doctrina previa del Alto tribunal. Esto es, se trataba de una renuncia a una pretensión que solo posteriormente se fijó en los términos ya señalados, ineficacia ex tunc. Estima la Sala que no es este el supuesto en que el TJUE permite la aplicación de la cláusula nula a petición del consumidor y previa audiencia del mismo. La prueba de que no es este el supuesto es que son los actores, tras la firma del documento novatorio y con fundamento en la ineficacia de su precedente, los que interesan la ineficacia de ambos.

7) En estos términos, de las consideraciones realizadas tanto con base en el derecho interno como en la normativa comunitaria, difícilmente puede estimarse que los actores vinieron contra sus actos propios contrariando la buena fe. Esta alegación, propia del ámbito de la contratación civil negociada, no puede ser mantenida en la contratación seriada por las razones ya expresadas. El actor quería rebajar la carga económica del contrato, para ello aceptó una rebaja de la cláusula de interés mínimo a cambio de unas declaraciones negociales y unas obligaciones que, amén de su mera declaración respecto a las primeras pues no hay prueba de que fueran ciertas, dada la predisposición del negocio jurídico suscrito, es dudoso que fueran más allá de una conformidad genérica con la rebaja del interés mínimo, lejos del pleno conocimiento de los derechos renunciados, novados o confirmados. Reitera la Sala que una efectiva negociación con arreglo a las exigencias de la buena fe contractual hubiera debido partir de la renuncia por la entidad a la inclusión de la cláusula sospechosa y el inicio de una nueva negociación del contenido contractual atinente a los intereses desde una situación previa a la imposición de la cláusula tachada de nula. Por el contrario, la demandada partió, sin ser consciente la actora de ello,

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb44af1cdAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

del principio contrario, el de la validez de la cláusula de interés mínimo, ofreciendo una rebaja de su rigurosidad y pidiendo contrapartidas para ello.

De todo lo anterior, resulta que la ineficacia del pacto novatorio, no reside tanto en los defectos intrínsecos al mismo, que también los tiene -imposición de declaraciones de voluntad, ofrecimiento de contrapartidas a cambio de atenuar una cláusula ya "sospechosa", que finalmente se ha estimado nula por infracción de la normativa europea y nacional, y efectos atenuadores o moderadores de su eficacia a cambio de la imposibilidad de ejercitar acciones judiciales fundadas en normas de orden público e imperativas-, sino fundamentalmente porque la declaración de nulidad de la condición general originaria tiene un efecto de propagación de los efectos de la nulidad del negocio jurídico a los actos que tengan su base en la misma (sentencia de esta Sala nº 389/15 de 7 de octubre y, recientemente, el TS ha estimado la misma solución y para el negocio de canje de otros productos financieros por los declarados nulos en sentencias nº 584/2016, de 30 de septiembre , y 614/2016, de 7 de octubre).

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la acción de ineficacia frente a la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor en los términos planteados por la recurrente.

Tal doctrina ha de ser reiterada en este acto y aplicada al caso enjuiciado referente a la novación producida en 2013.

Por ello, tampoco esta alegación ha de ser aceptada y ha de desestimarse íntegramente el recurso interpuesto.

Por ello, entendemos que procede considerar la nulidad del acuerdo novatorio indicado, que ningún efecto ha de producir, y por tanto, en nada afecta a la inicial nulidad de la cláusula suelo, debiendo subsistir el tipo variable inicialmente establecido sin ningún tipo de limitación.

SSEXTO.- Efectos de la declaración de la nulidad.

Partiendo de que la nulidad por abusividad de la cláusula suelo ha de conllevar su inaplicabilidad, subsistiendo el resto del contrato, y por tanto, la cláusula que fija el interés variable en el tipo de referencia más el diferencial correspondiente, la parte demandada, subsidiariamente, se opone a la devolución de cantidades, bien por no ajustarse la pretensión a los parámetros del artículo 219 de la LECivil, o bien por ampararse en la

irretroactividad de la sentencia o la limitación de efectos derivada de la STS de 25 de marzo de 2015.

En cuanto a la primera cuestión, conforme al artículo 219 de la LECivil, entendemos que la pretensión formulada cumple los presupuestos establecidos en el artículo citado, como lógicamente derivados de la pretensión principal, cual es la declaración de nulidad de la cláusula suelo y su consiguiente inaplicación. Así, si bien en el súplico no se contiene una determinación cuantitativa, sí que se contienen de forma suficiente las bases conforme a las cuales ha de procederse a la determinación, sin perjuicio de que además de la complejidad de la cláusula de tipo de interés variable, en todo caso depende de cálculos matemáticos que precisamente son realizados por la propia entidad bancaria demandada, que posee las herramientas derivadas de las condiciones y forma de cálculo que predispone, debiendo reseñarse que además en este caso resultaría de mayor dificultad teniendo en cuenta la novación efectuada cuya nulidad también es declarada, y que en tal sentido, afectará a las cantidades a devolver.

En cuanto a la limitación de la retroactividad, ciertamente es que a la luz de las doctrinas divergentes que derivaron de la STS de 9 de mayo de 2013, el propio TS dictó STS de 25 de marzo de 2015, unificando la doctrina en torno a la retroactividad de la devolución, criterio que este Tribunal, así como la propia A. Provincial de Navarra, han venido acogiendo, limitándose con ello la devolución de las cantidades indebidamente abonadas a las satisfechas con posterioridad al 9 de mayo de 2013. Y es lo cierto, que cuestionada la compatibilidad de tal interpretación con la recta aplicación de la Directiva 93/13, y planteadas distintas cuestiones prejudiciales, ante los efectos que ello pudiera producir, el propio TS dictó Auto de fecha 12 de abril de 2016, suspendiendo la resolución de un recurso en tanto no se pronunciara el TJUE en la cuestión prejudicial planteada en su día en el asunto C-154/15, siendo que el TJUE se ha pronunciado sobre tal cuestión en su sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, sentencia que viene a indicar que "La jurisprudencia española que limita en el tiempo los efectos de la

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818ebeb44af1cDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb44af1cdAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario es incompatible con el Derecho de la Unión”, indicando que “tal limitación en el tiempo resulta una protección de los consumidores incompleta e insuficiente que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo que exige la Directiva”, de manera que “la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”, interpretación que consideramos vinculante para el juez nacional.

Es por ello que debe acogerse la pretensión principal de la parte actora, dejando sin efecto la cláusula suelo que no puede producir efecto alguno, y por tanto, considerando la plena retroactividad de la declaración de nulidad.

SEPTIMO.- Nulidad de los intereses de demora.

En cuanto a los intereses de demora, su nulidad por abusividad entendemos que deriva sin más de la aplicación de la doctrina de la STS de 3 de junio de 2016, que extiende a los préstamos con garantía hipotecaria la doctrina ya establecida en la fundamental STS de 22 de abril de 2015, que efectivamente, establece como límite de abusividad del interés moratorio, la fijación de dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

Ahora bien, como dice la sentencia reseñada, la consecuencia de la nulidad no es establecer una reducción conservativa del tipo de interés, a modo de moderación, por lo que no procede desde luego la pretensión subsidiaria que formula la demandada, sino que en todo caso, la cláusula ha de reputarse nula, sin que por tanto, se produzca efecto alguno frente al consumidor, sin que sea preciso entrar a valorar si en su caso, sería aplicable el interés remuneratorio sobre las cantidades pendientes de pago, cuestión ésta sobre la que el propio TSupremo ha planteado una cuestión prejudicial, que ninguna relevancia tiene en este supuesto, pues

no se ha cuestionado que el tipo de interés moratorio en modo alguno ha sido aplicado.

OCTAVO.- Costas.

De conformidad con el artículo 394.1 de la LECivil, las costas se imponen a la parte demandada.

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

FALLO

Se **ESTIMA, INTEGRAMENTE**, la demanda formulada por
contra CAJA RURAL S. COOP LIMITADA DE CREDITO, y en
consecuencia se **DECLARA**:

- A. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL Tipo de interés ordinario mínimo, recogida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de septiembre de 2004, con los efectos inherentes a tal declaración.
- B. La retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula contractual Tipo de interés ordinario mínimo, declarando que la entidad proceda a la devolución de aquéllas cantidades abonadas indebidamente por los actores, durante la aplicación de dicha cláusula.
- C. LA NULIDAD DEL ACUERDO DE NOVACION FIRMADO el 17 de septiembre de 2015 y todos los efectos inherentes a tal declaración, en especial la devolución de las cantidades cobradas de más, como consecuencia de la aplicación del tipo fijo establecido en vez de las condiciones de la hipoteca sin Euribor.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 13/06/2017 15:12
Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818cbeeb44afktcDAA==	Firmado por: BEATRIZ GARCIA

D. NULIDAD DE LA CLAUSULA CONTRACTUAL de intereses de demora con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

E. Se condena a la demandada al abono de los intereses generados por las cantidades cobradas indebidamente

F. Con expresa imposición en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, ante este Tribunal, por escrito y dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el siguiente a su notificación.

La admisión de dicho recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANCO SANTANDER nº 2757000004084116 con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Fecha y hora: 13/06/2017 15:12

Firmado por: BEATRIZ GARCIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120142007-7f32a6905e6654aa5a620818eb44a1ktcDAA==