



Roj: **SAP SS 217/2017 - ECLI:ES:APSS:2017:217**

Id Cendoj: **20069370022017100096**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **2218/2015**

Nº de Resolución: **106/2017**

Procedimiento: **Recurso apelación LEC 2000**

Ponente: **YOLANDA DOMEÑO NIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-14/002435

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.47.1-2014/0002435

Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 2218/2015 - O

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / Donostiako 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 202/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA DE CREDITO

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ

Abogado/a / Abokatua: ASIER ENERIZ ARRAIZA

Recurrido/a / Errekurritua: Caridad , Margarita , Ana María , Camilo , Héctor , Primitivo , Jesús María y Inocencia

Procurador/a / Prokuradorea: EMMA GUERRERO AZAÑEDO

Abogado/a/ Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

SENTENCIA Nº 106/2017

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dª. FELIPE PEÑALBA OTADUY

D/Dª. ANA ISABEL MORENO GALINDO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 202/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia, a instancia de la entidad CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO (apelante - demandada), representada por la Procuradora Dª. MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ y defendida por el Letrado D. ASIER ENERIZ ARRAIZA, contra Dª. Caridad , Dª. Margarita



, D^a. Ana María , D. Camilo , D. Héctor , D. Primitivo , D. Jesús María y D^a. Inocencia (apelados - demandantes), representados por la Procuradora D^a. EMMA GUERRERO AZAÑEDO, y defendidos por la Letrada D^a. MAITE ORTIZ PEREZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20 Abril 2.015 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de Abril de 2.015 el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián dictó sentencia , que contiene el siguiente Fallo:

" **1.- ESTIMAR** íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a ENMA GUERRERO, en nombre y representación de D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo frente a CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO.

2.- DECLARAR la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2009 suscrito entre D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: "*Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al DOS ENTEROS SETENTA Y CINCO CENTÉSIMAS POR CIENTO (2,75 %) anual*".

3.- DECLARAR la nulidad del apartado de la cláusula cuarta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2009 suscrito entre D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: "*Cada vez que se produzca un impago de las obligaciones asumidas por la PARTE PRESTATARIA en virtud de la presente escritura, se devengará, en favor de la CAJA RURAL DE NAVARRA, una comisión de impagado de TREINTA EUROS (30 ?) , que será pagadera por la PARTE PRESTATARIA en el momento en que se produzca cada uno de los impagos* " .

4.- DECLARAR la nulidad de la cláusula sexta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2009 suscrito entre D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: "*Sin perjuicio del derecho de resolución atribuido a la CAJA RURAL DE NAVARRA en los diversos supuestos pactados en esta escritura, de no efectuarse el pago de las cantidades que por principal, intereses y comisiones deba satisfacer la PARTE PRESTATARIA en las fechas y condiciones de esta escritura, y aun en el caso de que el préstamo haya sido declarado vencido por cualesquiera de las causas contractualmente previstas, devengarán las mismas, en concepto de MORA, día a día y hasta su total reintegro, sin necesidad de requerimiento alguno, un interés del DIECIOCHO ENTEROS (18 %) por ciento, conforme a lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código de Comercio* "

5.- DECLARAR la nulidad de la cláusula vigésima del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2009 suscrito entre D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: "*Los cónyuges D . Héctor y DOÑA Margarita , los cónyuges DON Jesús María y DOÑA Caridad , el primero representado en la forma vista, y los cónyuges DON Primitivo y DOÑA Ana María , PARTE FIADORA garantizan solidariamente entre sí, y frente a la CAJA RURAL DE NAVARRA, el pago de todas las obligaciones asumidas en esta escritura por la PARTE PRESTATARIA, constituyéndose en fiadores solidarios de ésta, con renuncia de los beneficios de excusión, orden y división. El afianzamiento subsistirá hasta que queden completamente canceladas las obligaciones de la PARTE PRESTATARIA contenidas en la presente escritura, por lo que la PARTE FIADORA presta su consentimiento expreso a las moratorias y prórrogas que pudieran concederse a la PARTE PRESTATARIA* " .

6.- DECLARAR la nulidad de la cláusula decimocuarta letra b) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2009 suscrito entre D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: "*se señala como valor de la finca hipotecada, para caso de subasta, el de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (250.000 ?)*"

7 .- CONDENAR a CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a dejar de aplicar las cláusulas citadas.

8 .- CONDENAR a CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO al pago a D^a Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a Caridad , D^a Margarita , D^a Ana María , D. Héctor y D. Primitivo de las costas del procedimiento.



9.- **REMITIR** al Registro de Condiciones Generales de la Contratación mandamiento para que se inscriba esta sentencia."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido, y, elevados los autos a esta Audiencia, y, tras el dictado de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se señaló día para Votación y Fallo el 6 de Marzo de 2.017.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley, excepto la de plazo para dictar sentencia, dada la acumulación de trabajo que pesa sobre esta Sección.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^a. YOLANDA DOMEÑO NIETO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en todo lo que no contradigan lo que después se dirá.

PRIMERO.- Por parte de la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de fecha 20 de Abril de 2.015, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, en solicitud de que se revoque la sentencia dictada y se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte actora, y de la presente apelación si se opusiera.

Y alega para fundamentar su recurso, en primer lugar, la imposibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas de fianza, intereses de demora e imputación de pagos, por la posibilidad de haberse alegado en la oposición a la ejecución presentada en el procedimiento hipotecario y preclusión de solicitud de nulidad de las cláusulas no invocadas en la oposición a la ejecución, pues se está tramitando en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún, como procedimiento nº 667/2.013, la ejecución del préstamo hipotecario suscrito por los demandantes y ella con fecha 18 de Septiembre de 2.009 y, a la vista de la reciente confirmación jurisprudencial por el Tribunal Supremo y ratificándose por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, no es posible analizar en este procedimiento la abusividad de las cláusulas de fianza, intereses de demora e imputación de pagos.

Y añade, a continuación, y para el supuesto de que dicha pretensión no sea estimada, la inexistencia de carácter abusivo de las cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario.

Sostiene, así, la validez de la cláusula de tipo de interés ordinario mínimo, el error en la valoración de la prueba y el valor de la oferta vinculante entregada a los prestatarios, indicando que no cabe duda de que esta entrega fue realizada y el propio Notario, además, lo hizo constar en la escritura en las advertencias preceptivas de la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, que, en cuanto al doble filtro de transparencia exigido por el Tribunal Supremo, la transparencia documental o formal se ha cumplido, pues, como consta adjunta a la propia escritura de préstamo hipotecario, se entregó a la parte demandante la oferta vinculante, y, en cuanto a la comprensibilidad y accesibilidad de la cláusula de tipo de interés mínimo, es este segundo control el que no superan las cláusulas analizadas en la sentencia, pero entiende que sí lo ha cumplido ella en el asunto que nos ocupa, pues el Euribor en el momento de contratación del préstamo se encontraba en niveles muy cercanos al suelo o incluso por debajo de éste, no se insertan de forma conjunta las cláusulas suelo y techo, no se ubica entre una abrumadora cantidad de datos, y, por ello, la cláusula de tipo de interés mínimo supera el doble filtro de transparencia, según la sentencia del Tribunal Supremo.

Y añade a este respecto, y sobre la devolución de cantidades, que 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 2.013, pues tampoco cabría, incluso en caso de desestimación del recurso, condenarle a restituir cantidades cobradas más allá de la notificación de la sentencia del TS de 9 de Mayo de 2.013, puesto que dicha cuestión ha sido definitivamente solventada por el Alto Tribunal en la reciente sentencia de 25 de Marzo de 2.015.

Mantiene, acto seguido, la validez de la cláusula de comisiones por impagado, pues existe un servicio realmente prestado por ella, que justifica el devengo de las comisiones pactadas en la escritura de préstamo hipotecario, debiendo tenerse en cuenta que, ante cada impago de recibos, hay personal contratado en el servicio de recuperaciones dedicado exclusivamente a la recuperación de impagados y todo ello hace que el gasto y la comisión de 30% estén plenamente justificados.

Sostiene, a continuación, la validez del tipo de interés moratorio establecido, ya que la parte demandante no articuló ninguna prueba tendente a acreditar el carácter desproporcionado que predica del interés de demora del dieciocho por ciento anual pactado en el contrato, que numerosas sentencias han considerado que no



tienen carácter abusivo los intereses de demora pactados por un tipo incluso superior al que aquí nos ocupa, y que la liquidación presentada en el Juzgado que tramita la ejecución de la hipoteca, lo ha sido al 12%, cumpliendo (aunque sin estar obligada a ello) con los nuevos parámetros establecidos por la Ley 1/2.013.

Apunta, también, la validez de la cláusula de imputación de pagos, pues la misma es plenamente válida y lícita, al tener la imputación de pagos carácter dispositivo, según lo establecido en el Código Civil, que es una facultad general del deudor, con independencia de su condición, y que, antes de producirse el impago del préstamo, nunca se había hecho solicitud alguna de imputar los pagos realizados de manera distinta.

Alude igualmente a la validez de la cláusula de valor de tasación a efectos de subasta, pues esa cláusula es un requisito constitutivo, conforme al artículo 682 L.E.C., que el nuevo contenido de tal precepto normativo, relativo a que el valor de subasta no puede ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1.981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, se establece como una nueva limitación, no como un requisito formal, y que, en cualquier caso, atendiendo a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas, la misma va dirigida a los contratos que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2.013, y, por lo tanto, hay que estar al momento en el que se concertó la hipoteca (18 de Septiembre de 2.009) y no aplicar una medida procesal inexistente y no prevista, que puede conducir a que la hipoteca sea válida, pero no ejecutable, produciendo una indudable situación de indefensión a la entidad acreedora y vulnerando el derecho a una tutela judicial efectiva.

Y finalmente pone de manifiesto, de igual forma, la validez de la cláusula de fianza, pues esa cláusula no supone una renuncia de derechos, sino que se trata pura y simplemente de una delimitación de la extensión de la fianza, y es que la renuncia a los derechos de división, orden y excusión es superflua, ya que esta renuncia va implícita en el carácter solidario de la fianza, y que la redacción utiliza términos claros que tratan de explicar el significado jurídico de los beneficios a los que se renuncia.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el presente recurso es evidente que se alega por la entidad recurrente que se ha producido por parte del Juzgador de instancia un error en la valoración de la prueba practicada y una incorrecta aplicación a la misma de las normas legales vigentes, que le ha conducido a la estimación de todas las pretensiones formuladas en su escrito de demanda por parte de D^a. Inocencia y D. Camilo, D. Jesús María, D^a. Caridad, D^a. Margarita, D^a. Ana María, D. Héctor y D. Primitivo, razón por la cual procede llevar a cabo el examen de las actuaciones, a fin de determinar si, en efecto, se ha producido o no la referida incorrecta valoración de la prueba practicada que ha sido por ella denunciada y si ha sido o no aplicada al caso la normativa pertinente y reguladora de la materia de que se trata.

SEGUNDO.- Y, por lo que hace referencia al primer motivo de recurso planteado por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, conforme al cual la misma mantiene la imposibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas de fianza, intereses de demora e imputación de pagos, por la posibilidad de haberse alegado en la oposición a la ejecución presentada en el procedimiento hipotecario y preclusión de solicitud de nulidad de las cláusulas no invocadas en la oposición a la ejecución, pues se está tramitando en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún, como procedimiento nº 667/2.013, la ejecución del préstamo hipotecario suscrito por los demandantes y ella con fecha 18 de Septiembre de 2.009 y, a la vista de la reciente confirmación jurisprudencial por el Tribunal Supremo y ratificándose por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, no es posible analizar en este procedimiento la abusividad de las cláusulas de fianza, intereses de demora e imputación de pagos, dicho motivo de recurso ha de ser desestimado, por cuanto que si bien es cierto que a ese respecto mencionado ese ha sido el criterio mantenido por el Tribunal Supremo y también por esta Sala, es también lo cierto que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 26 de Enero de 2.017 se ha pronunciado sobre este extremo, resolviendo la cuestión en sentido contrario.

En efecto, el mencionado Tribunal en la referida sentencia ha establecido, y se menciona textualmente, lo siguiente:

"43En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 58).

44No obstante, como se ha expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, en el presente asunto el juez nacional ya ha examinado el contrato sobre el que versa el litigio principal a la luz de la Directiva 93/13 y ya ha declarado, al término de ese examen y mediante una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, que una de las cláusulas de ese contrato era abusiva.



45En este marco, procede dilucidar si, en tales circunstancias, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstos impone al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada".

Y también la misma sentencia ha señalado los que sigue:

"49De lo anteriormente expuesto se deduce que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.

50Hecha esta precisión, resulta de la resolución de remisión que, en este caso, la norma procesal relativa a la fuerza de cosa juzgada contenida en el artículo 207 de la LEC prohíbe al juez nacional no solamente volver a examinar la legalidad, a la luz de la Directiva 93/13, de las cláusulas de un contrato sobre la que ya ha habido un pronunciamiento mediante resolución firme, sino también apreciar el eventual carácter abusivo de otras cláusulas de ese mismo contrato.

51Ahora bien, resulta de los principios que se deducen de los apartados 40 a 43 de la presente sentencia que las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, que la citada disposición atribuye a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 71).

52De este modo, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)".

Y tras exponer todas las consideraciones anteriores, ha concluido que ha responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido de que:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas."

En consecuencia con lo indicado, no puede por menos que concluirse que el litigante afectado puede plantear en otro procedimiento la declaración de nulidad de aquellas cláusulas que no hayan sido objeto de controversia en otro procedimiento precedente, sin que se aprecie en cuanto a ellas la excepción de cosa juzgada, por lo que la pretensión verificada por D^a. Inocencia, D. Camilo, D. Jesús María, D^a. Caridad, D^a. Margarita, D^a. Ana María, D. Héctor y D. Primitivo en su escrito de demanda de que se declare la nulidad de todas las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado en fecha 18 de Septiembre de 2.009, había de ser objeto de análisis en este procedimiento por parte del Juez a quo, tal y como el mismo ha llevado a cabo en su resolución, por lo que la alegación verificada a ese respecto en el escrito de recurso por parte de la entidad apelante ha de ser rechazada, como ya se ha anticipado.



TERCERO .- Y, por lo que hace referencia al motivo de recurso planteado por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito en segundo lugar, y a través del cual la misma sostiene, como ya se ha indicado, la validez de la cláusula de tipo de interés ordinario mínimo, el error en la valoración de la prueba y el valor de la oferta vinculante entregada a los prestatarios, indicando que no cabe duda de que esta entrega fue realizada y el propio Notario, además, lo hizo constar en la escritura en las advertencias preceptivas de la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, que, en cuanto al doble filtro de transparencia exigido por el Tribunal Supremo, la transparencia documental o formal se ha cumplido, pues se entregó a la parte demandante la oferta vinculante, y, en cuanto a la comprensibilidad y accesibilidad de la cláusula de tipo de interés mínimo, es este segundo control el que no superan las cláusulas analizadas en la sentencia, pero entiende que sí lo ha cumplido ella en el asunto que nos ocupa, pues el Euribor en el momento de contratación del préstamo se encontraba en niveles muy cercanos al suelo o incluso por debajo de éste, no se insertan de forma conjunta las cláusulas suelo y techo, no se ubica entre una abrumadora cantidad de datos, y, por ello, la cláusula de tipo de interés mínimo supera el doble filtro de transparencia, según la sentencia del Tribunal Supremo, lo primero que ha de precisarse, a la vista de la prueba practicada en las actuaciones, en concreto a la vista de toda la documental aportada a ellas y la testifical practicada, es que el Juez a quo ha valorado la misma en forma adecuada, siendo de todo punto correctos los pronunciamientos en la sentencia contenidos tanto en lo que hace referencia a la abusividad de la cláusula suelo, a la normativa aplicable y a la Jurisprudencia que la desarrolla, como en lo que se refiere a la nulidad que, en este caso en concreto, ha sido pretendida por los demandantes D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , por falta de transparencia de esa cláusula controvertida, es decir, en cuanto a las consideraciones que vierten acerca de la adecuada información que fue ofrecida a los mencionados contratantes por la entidad demandada sobre la misma, a fin de que tuvieran perfecto conocimiento de sus términos y de las consecuencias que de su firma podían derivarse.

En efecto, se ha alegado por D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , Ana María , D. Héctor y D. Primitivo en su escrito de demanda, y a fin de justificar su pretensión, que es nula la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo concertado por los dos primeros en calidad de prestatarios y por el resto en calidad de fiadores, con la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito en fecha 18 de Septiembre de 2.009, en concreto su cláusula 3^a, bis, la cual establece, en cuanto al "Tipo de interés ordinario mínimo", que "Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al DOS ENTEROS SETENTA Y CINCO CENTESIMAS POR CIENTO (2,75%) anual", debido a que la misma es abusiva, por no haber sido objeto de una negociación individual, ni haber sido consentida expresamente, ni haber contado con la necesaria y precisa información, habiendo faltado, por ello, en este caso la oportuna transparencia, y con el consiguiente desequilibrio que de ello se ha derivado para los contratantes, y, ante dicha alegación, por parte del Juzgador de instancia se ha analizado, lógicamente, si dicha cláusula es o no abusiva, tomando en consideración la normativa reguladora de esta materia de que se trata, y que se encuentra contenida en la Ley 7/1998, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y en la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente refundida por el Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Jurisprudencia que la ha desarrollado, fundamentalmente la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 9 de Mayo de 2.013 , que enjuicia un supuesto similar, ha precisado que procedía someter dicha cláusula al oportuno control de transparencia.

Y, una vez verificado dicho control, y en el doble nivel exigible, relativo el primero a la claridad de la cláusula en si misma considerada y en la forma de su incorporación al contrato y relativo el segundo a la información ofrecida a los clientes, en orden a su comprensión de las consecuencias derivadas de dicha incorporación, ha resuelto que no puede apreciarse que la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito haya actuado en cuanto a dicha cláusula y con relación a D^a. Inocencia y D. Camilo , en su condición de prestatarios, y D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , en su condición de avalistas, con la necesaria transparencia, debido a que estima que ni ha quedado acreditada la entrega y recepción de una oferta vinculante, por lo que no se ha dado cumplimiento a lo establecido en la Orden Ministerial de 12 de Diciembre 1.989, entendiéndose que no ha sido superado el primer control de transparencia, formal o de incorporación, ni puede apreciarse que hubiera habido una negociación previa e individualizada entre la entidad bancaria y los mencionados demandantes acerca de la cláusula suelo, ni puede considerarse tampoco que hubiera una información completa y exhaustiva acerca de la misma, ni acerca de las consecuencias que para ambos podían derivarse de su firma, a lo que ha de añadirse que no viene expresamente reseñada en la escritura hipotecaria, en la que se diluye entre un extenso, complicado y farragoso clausulado, por lo que ha concluido que procede declarar la nulidad de dicha cláusula, la cual ha de ser extrañada del contrato.



CUARTO.- Y dichas consideraciones resultan de todo punto correctas y han de ser admitidas por esta Sala, por cuanto que el examen de las actuaciones no sólo no acredita adecuadamente que la mencionada cláusula fuera negociada por D. Héctor , quien actuó en representación de todos los demandantes, con la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, extremo este que ha sido negado por todos en el escrito de demanda y específicamente por el primero en su declaración y no ha quedado desvirtuado con el resto de la prueba practicada al respecto, en concreto con la testifical de D. Eduardo , cuya declaración ha de tomarse con muchas reservas, teniendo en cuenta la vinculación laboral que une a ese testigo con la citada entidad, dado que actualmente ha pasado a ser director de una de sus sucursales, sino que, además, y en cualquier caso, pone de manifiesto que el mencionado contratante no fue adecuadamente informado acerca de la misma, y en concreto acerca de sus exactas peculiaridades, forma de aplicación en el préstamo en cuestión, alternativas a la misma, escenarios diversos posibles e implicaciones que conllevaba, a fin de que tuviera él, y en consecuencia también todos sus familiares, en cuyo nombre actuaba, un conocimiento exacto de los términos de la cláusula que se firmaba y de las consecuencias económicas y jurídicas que de ello habían de derivarse, por lo que no puede en modo alguno estimarse que, con respecto de ella, se cumpliera en debida forma el requisito de transparencia que de la citada entidad bancaria era exigible.

Ciertamente, el examen de lo actuado acredita que D^a. Inocencia y D. Camilo , en su condición de prestatarios, y D. Jesús María , D^a. Inocencia , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , en su condición de fiadores, firmaron con la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en la cual se establece el suelo del interés nominal anual en un 2,75%, pero, sin embargo, y como muy bien se expone por el Juez a quo en su resolución, en unos pronunciamientos que esta Sala asume en su integridad, a fin de evitar repeticiones inútiles, ni ha quedado acreditado que esa cláusula suelo fuera objeto de una negociación previa e individualizada por el hecho de encontrarse recogida en el contrato, pues nada ha acreditado al respecto la entidad demandante con la declaración testifical prestada, ante la manifestación contenida en la demanda formulada, de que no tuvieron constancia de ella, hasta que constataron que no se reflejaban en su contrato las oscilaciones a la baja de los tipos de interés, como no lo acredita tampoco la circunstancia de que tal reseña se hiciera en una cláusula de la escritura notarial otorgada, si se tiene en cuenta la circunstancia de que la mencionada escritura contiene a lo largo de todos sus folios un amplio, extenso, complicado e incluso en ocasiones farragoso clausulado, en el que se recogen condiciones de todo tipo en relación al préstamo concertado, dándose la circunstancia de que ese extremo ni siquiera se encontraba reseñado en negrita, aun cuando es lo cierto que, en el conjunto de tal clausulado, esa pequeña reseña en negrita, de haberse verificado, podía haber pasado perfectamente desapercibida, máxime si se toma en consideración el hecho de que la lectura verificada por el Notario pudo sin duda alguna impedirles su constatación, a lo que ha de añadirse el hecho de que su simple lectura, sin una adecuada explicación, tampoco implica necesariamente la comprensión del alcance de la misma.

En efecto, no ha quedado acreditado en las actuaciones de la prueba obrante en ellas que haya mediado una negociación previa entre la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito y D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , acerca de esa cláusula controvertida, a pesar de que a ella le correspondía la prueba de tal extremo, ni tampoco que dicha entidad haya cumplido con la obligación que le incumbía de ofrecer una información adecuada y completa a dichos clientes sobre la misma, extremo este que también a ella le correspondía justificar, pues ni ha acreditado la existencia de esas negociaciones, ni que les haya informado de forma clara y precisa de la cláusula que concertaban y de sus implicaciones económicas, a fin de que tuvieran perfecto conocimiento de las obligaciones que asumían, de la carga económica que la firma de la misma comportaba, de la posición jurídica en la que se situaban y de los riesgos que finalmente afrontaban, no constando tampoco siquiera que les hubiera ofrecido unos escenarios alternativos, para que pudiesen, en su caso, calibrar la conveniencia de su firma.

Es evidente, pues, y en atención a lo indicado precedentemente, que en el presente caso se da la circunstancia de que no se ha justificado por parte de la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito que hubiera informado adecuadamente a los contratantes D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo de la cláusula que firmaban y de las completas consecuencias que de ello habían de derivarse, como no se les ofreció tampoco información alguna acerca de posibles simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés en el momento de contratar, teniendo en cuenta, además, el nivel que el euríbor presentaba en la fecha de la concertación del préstamo hipotecario, o incluso sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en el supuesto de haberlas, o las razones por las que no se las ofrecía, tal y como venía obligada a hacer, a fin de que los mismos tuvieran en el momento de la firma de la citada cláusula un perfecto y detallado conocimiento de la misma y de las consecuencias económicas y jurídicas que tal firma y su aceptación comportaban.



En consecuencia con todo ello, no podía por menos que concluirse que la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito no cumplió, en el momento de concertar el préstamo hipotecario suscrito en fecha 18 de Septiembre de 2.009 con D^a. Inocencia y D. Camilo , en su condición de prestatarios, y con D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , en su condición de fiadores, con la obligación de informar clara y adecuadamente a sus clientes de la cláusula suelo contenida en él y de las consecuencias e implicaciones de su firma derivadas, y que no cumplió, por lo tanto, con el deber de transparencia en la firma de la misma que a ella incumbía, con el consiguiente desequilibrio evidente que se produjo entre los derechos y obligaciones de los contratantes, razón por la cual había de accederse a la petición formulada por los demandantes en su escrito de demanda y procederse a la declaración de nulidad de la citada cláusula, tal y como ha sido acordado en la sentencia dictada, cuyos pronunciamientos a ese respecto resultan de todo punto correctos y, por ello, han de ser mantenidos, con desestimación de este motivo de recurso planteado por la referida entidad y que ha sido analizado.

QUINTO .- Y tampoco puede tomarse en consideración la alegación que efectúa la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito en su escrito de recurso, con carácter subsidiario, y conforme al cual la misma sostiene, como ya ha quedado reseñado precedentemente, en cuanto a la devolución de cantidades, que 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 2.013 , pues tampoco cabría, incluso en caso de desestimación del recurso, condenarle a restituir cantidades cobradas más allá de la notificación de la sentencia del TS de 9 de Mayo de 2.013 , puesto que dicha cuestión ha sido definitivamente respuesta por el Alto Tribunal en la reciente sentencia de 25 de Marzo de 2.015 , por cuanto que se da la circunstancia de que las consecuencias derivadas de dicho pronunciamiento habrían de retrotraerse a la fecha del contrato concertado, dado que a este respecto ha de tener en cuenta la circunstancia de que se ha dictado sobre este extremo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12 de Diciembre de 2.016, que ha de ser lógicamente aplicable a este caso que nos ocupa.

En efecto, y en cuanto a los efectos que habrían de derivarse de la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado en fecha 12 de Diciembre de 2.016 una sentencia que dice, y se menciona textualmente, lo siguiente:

"56Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* , C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado78).

57Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado65).

58En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

59En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, *Jörös*, C-397/11 , EU:C:2013:340 , apartado42).

60Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:C:2015:21 , apartado 31 y jurisprudencia citada).

61De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el



restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes".

Y también en la misma sentencia se determina, a continuación, lo que sigue:

"72Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional –como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013– relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

En atención a lo expuesto, y tras el dictado de la mencionada resolución, en espera de la cual se acordó por esta Sala la suspensión de la tramitación del presente procedimiento, no puede por menos que concluirse que esa alegación que con carácter subsidiario se ha efectuado por la entidad demandada Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito en su escrito de recurso, en cuanto a este extremo relativo al momento en que ha de estimarse que se producen los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula analizada, es decir, en lo relativo al momento al que han de retrotraerse los efectos de la mencionada declaración, ha de ser rechazada.

SEXTO .- En cuanto al motivo de recurso planteado a continuación por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, a través del cual sostiene la misma la validez de la cláusula de comisiones por impagado, pues existe un servicio realmente prestado por ella, que justifica el devengo de las comisiones pactadas en la escritura de préstamo hipotecario, debiendo tenerse en cuenta que, ante cada impago de recibos, hay personal contratado en el servicio de recuperaciones dedicado exclusivamente a la recuperación de impagados y todo ello hace que el gasto y la comisión de 30% estén plenamente justificados, el mismo ha de ser también desestimado, por cuanto que la referida cláusula ha de estimarse sin duda alguna nula, tal y como esta Sala ha declarado ya en anteriores resoluciones.

Desde luego, el art. 10.1 LGDCU, vigente a la fecha de la suscripción del contrato, dispone que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, deberán cumplir, entre otros, el requisito



de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Igualmente, según lo dispuesto en el art. 10.4 LGDCU, serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan dichos requisitos.

La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (págs. 150-151) considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado esta Sala en varias resoluciones, entre otras en su sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, declarando que "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar. Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora".

A tenor de lo expuesto, es claro que la mencionada cláusula supone imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora, por lo que no cabe sino compartir la conclusión que alcanza el Juzgador de instancia en su resolución de declarar nula por abusiva la indicada cláusula cuarta, contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 18 de Septiembre de 2.009, en virtud de la cual los contratantes han pactado que " *Cada vez que se produzca un impago de las obligaciones asumidas por la PARTE PRESTATARIA en virtud de la presente escritura, se devengará, a favor de la CAJA RURAL DE NAVARRA, una comisión de impago de **TREINTA EUROS (30,00 ?)**, que será pagada por la PARTE PRESTATARIA en el momento en que se produzca cada uno de los impagos* ", por lo que el referido pronunciamiento ha de ser mantenido y confirmada dicha resolución en lo que a este extremo hace referencia.

SEPTIMO.- Por lo que respecta al siguiente motivo de recurso formulado por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, a través del cual mantiene la validez del tipo de interés moratorio establecido, ya que la parte demandante no articuló ninguna prueba tendente a acreditar el carácter desproporcionado que predica del interés de demora del dieciocho por ciento anual pactado en el contrato, que numerosas sentencias han considerado que no tienen carácter abusivo los intereses de demora pactados por un tipo incluso superior al que aquí nos ocupa, y que la liquidación presentada en el Juzgado que tramita la ejecución de la hipoteca, lo ha sido al 12%, cumpliendo (aunque sin estar obligados a ello) con los nuevos parámetros establecidos por la Ley 1/2.013, dicho motivo ha de ser igualmente desestimado, por cuanto que la nulidad declarada en relación a la referida cláusula resulta de todo punto correcta, teniendo en cuenta el tipo de interés moratorio pactado en el referido contrato y concretado en el 18% anual.



Ciertamente, el examen de las actuaciones permite comprobar, como ya se ha indicado previamente, que, al tiempo de celebrar el contrato de préstamo estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 disponía que las condiciones generales establecidas en contrato con consumidores (en el presente caso, no hay duda de ambos extremos, pues se trata de un contrato de préstamo con condiciones generales y no se ha cuestionado la condición de consumidor del prestatario) debe cumplir entre otros, el requisito (apartado c) de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual excluye (subapartado tercero) las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio, cuyo incumplimiento de algún requisito conlleva la nulidad de pleno derecho (artículo 10.4).

E incluso hasta la Ley 1/2013, de 14 de mayo, viene a modificar el art. 114 de la Ley Hipotecaria, estableciendo que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

Pues bien, no resulta controvertido que el interés moratorio pactado era del 18% anual, tal y como ya se ha mencionado y se recoge en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que fue otorgada en fecha 18 de Septiembre de 2.009, superando durante los años transcurridos desde la celebración del contrato hasta el presente incluso el límite legal establecido por la referida Ley 1/2013, de 14 de mayo (que entró en vigor el 15 de mayo de 2013, disposición final cuarta), lo que supone la imposición al consumidor de una cláusula predispuesta desproporcionada, al colocarle en una situación de desequilibrio no equitativa, que justifica que sea considerada abusiva, por lo que la pretensión formulada por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito de que se deje sin efecto el pronunciamiento contenido a ese respecto en el auto controvertido, y se declare la validez de dicha cláusula, no puede prosperar.

OCTAVO . - Desde luego, ha de mencionarse, tal y como ya ha precisado esta Sala en resoluciones de anterior fecha, y se cita textualmente, que tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que "las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera".

La citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, sienta la doctrina de que el art. 83.2 LGDCU es contrario al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en la medida en que autoriza al juez que declara la nulidad de un cláusula abusiva a integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

En concreto, la indicada sentencia dispone en su fundamentación jurídica (la cursiva es nuestra):

"65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 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 en cuestión 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.

68 Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

69 Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, *si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13*. En efecto, *la mencionada facultad contribuiría a 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* (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), *en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar*



cláusulas abusivas 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 .

70 Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas . Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13 , que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorrosy Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , Rec. p. I-4785, apartados 28 y 29, y Perenicová et Perenic, antes citada, apartado 34).

71 Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor."

Dicha doctrina ha sido reiterada posteriormente, así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), en cuyos apartados 54 a 60 se sigue la línea jurisprudencial anterior.

En consecuencia con todo lo expuesto, no puede por menos que concluirse que el pronunciamiento contenido en la sentencia apelada, conforme al cual se acuerda la declaración de nulidad de la cláusula 6ª, contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, concertado en fecha 18 de Septiembre de 2.009 por Dª. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , Dª. Caridad , Dª. Margarita , Dª. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo con la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, cláusula relativa a los intereses moratorios, y en virtud de la cual se pacta que de no efectuarse el pago de las cantidades que por principal, intereses y comisiones deba satisfacer la parte prestataria "devengarán las mismas, en concepto de MORA, día a día y hasta su total reintegro sin necesidad de requerimiento, un interés del DI4ECIOCHO ENTEROS (18 %) por ciento, conforme a lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código de Comercio ", resulta de todo punto correcto y, por ello, ha de ser mantenido, por lo que ese motivo de recurso planteado por la referida entidad y que ha sido analizado, a través del cual la misma cuestiona dicha declaración, ha de ser también rechazado.

NOVENO .- Y tampoco puede aceptarse la alegación que en ese mismo apartado de su recurso y en última instancia menciona la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, en el sentido de que la liquidación presentada en el Juzgado que tramita la ejecución de la hipoteca, lo ha sido al 12%, cumpliendo (aunque sin estar obligados a ello) con los nuevos parámetros establecidos por la Ley 1/2.013, con lo que alude a una moderación del mencionado interés, en lugar de su total eliminación, pues la misma resulta insostenible, de conformidad igualmente con la doctrina también establecida a este respecto por nuestro Tribunal Supremo.

En efecto, y respecto de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, por abusiva, esta Sala vino declarando (a título de ejemplo resoluciones de 19 y 28 de noviembre de 2013 y 23 de febrero de 2015, entre otras), y en aplicación de los criterios jurisprudenciales entonces existentes sobre cláusulas de intereses moratorios, conforme a la normativa y jurisprudencia del TJUE, que "la declaración de nulidad de la cláusula contractual de intereses moratorios supone que la misma ya no existe en el contrato de préstamo suscrito por las partes, lo que determina que queda sin efecto el pacto establecido por ellas sobre los intereses moratorios y, a falta del mismo, entra en juego la previsión legal. Y, conforme dispone el art. 1.108 C.C ., la indemnización de daños y perjuicios por mora, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, que se encuentra dentro de los límites fijados por la citada disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 " .

Pero, es evidente que dicha solución, que supone una moderación de la obligación impuesta al prestatario que incurre en mora, ya no puede mantenerse a la luz de la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tal y como esta Sala ya ha precisado también en resoluciones de anterior fecha.

En efecto, en cuanto a este extremo analizado esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en resoluciones precedentes, en las que ha establecido, y se cita textualmente, lo siguiente:

"De dicha resolución hay que destacar (en lo que ahora interesa) su fundamento de derecho sexto, cuando señala:

"Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.



1.- El TJUE ha deducido de la redacción del *artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE*, que los jueces nacionales están obligados 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 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. Así lo ha afirmado en las *sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.*

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE*, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces « *para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores* », al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas 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. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la *sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010*, declaró que « *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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 y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva* ».

2.- En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus *sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.*

3.- El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la *sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE 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 este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.*

4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la 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** (la negrita es nuestra) 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".



E interesa también destacar el párrafo del final del fundamento octavo de la sentencia citada cuando señala que "el TJUE ha declarado que la privación de cualquier efecto a la cláusula abusiva es exigencia de normas como los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva que protegen un interés público de notoria importancia y 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 (*STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito*).".

Con arreglo a dicha doctrina nunca podría admitirse la alegación que formula la entidad bancaria apelada cuando anuncia su intención de recalcular nuevamente los intereses moratorios limitándolos al interés remuneratorio pactado en el contrato más dos puntos porcentuales, con el fin de ajustarse a la doctrina del Tribunal Supremo, puesto que dicha doctrina no ampara la fijación de un nuevo interés que pueda subsanar la nulidad radical de los intereses moratorios pactados en el momento de contratar".

En consecuencia con todo lo indicado, y teniendo en cuenta que los mencionados pronunciamientos resultan de todo punto trasladables a este caso que nos ocupa, es evidente que tampoco cabe en él estimar la pretensión formulada por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, y antes mencionada, de que no se elimine totalmente el tipo de interés moratorio pactado y declarado excesivo, al haberse procedido por su parte a su moderación en el momento de formular la reclamación oportuna en el procedimiento ejecutivo pertinente, y que, por el contrario, la cláusula declarada abusiva debe ser extrañada del contrato, tal y como ha sido acordado en la sentencia dictada, al declarar su nulidad sin paliativos, en un pronunciamiento que resulta correcto y que, por ello, ha de ser mantenido.

DECIMO .- Por lo que se refiere al siguiente motivo de recurso planteado a continuación por parte de la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, y conforme al cual la misma sostiene la validez de la cláusula de imputación de pagos, alegando que es plenamente válida y lícita, al tener la imputación de pagos carácter dispositivo, según lo establecido en el Código Civil, que es una facultad general del deudor, con independencia de su condición, y que, antes de producirse el impago del préstamo, nunca se había hecho solicitud alguna de imputar los pagos realizados de manera distinta, dicho motivo ha de ser también desestimado, por cuanto que el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia resulta de todo punto correcto, si se toma en consideración el contenido de la misma, la cual establece, y se cita textualmente, que "Los pagos de la PARTE PRESTATARIA tengan que realizar por razón de lo pactado en la presente escritura deberán ser hechos en cualesquiera de las oficinas de la CAJA RURAL DE NAVARRA. Los pagos que efectúe la PARTE PRESTATARIA se imputarán por el siguiente orden: gastos, costas judiciales, tributos, intereses de demora, comisiones, intereses ordinarios y principal de la deuda pendiente de pago".

Ciertamente, ante la pretensión anulatoria de esa cláusula novena contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 18 de Septiembre de 2.009 por D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo con la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, que por parte de los primeros se ha articulado, con fundamento en que la mencionada cláusula contraviene normas imperativas, con lo que se están amparando en su petición, de facto, en lo dispuesto en el art. 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación , se ha acordado por el Juez a quo que las previsiones legales no se han respetado, dado que "Quien decide no es el deudor, sino el acreedor con la cláusula predispuesta, derogando las previsiones generales sin explicación plausible, pues no se ofrecen por el demandado", que "Se alteran las normas legales que tratan de proteger al deudor, puesto que el banco, con la redacción que contiene la previsión contractual cuestionada, resulta favorecido" y que "Esta facultad extraordinaria vulnera la previsión del art. 82.1 RDL 1/2006 , pues supone una estipulación no negociada individualmente (no hay prueba al respecto y compete al predisponente, como se ha dicho en anteriores ordinales), no consta consentida expresamente (el clientes lo niega y nada se prueba en contrario), es contraria a las exigencias de la buena fe (modifica sin causa una previsión legal que favorece al deudor), y causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, pues impide que el deudor decida cómo realizar la imputación de pagos", motivo por el que concluye que la cláusula merece la consideración de abusiva y que deber ser extrañada del contrato.

Y dicho pronunciamiento resulta correcto si se valora el hecho de que la mencionada cláusula, en clara contravención con lo determinado en los artículos 1.272 , 1.273 y 1.274 del Código Civil , faculta a la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, como ya ha quedado expuesto, a que impute el abono de las cantidades satisfechas por los referidos prestatarios en el orden indicado, es decir, comenzando por los gastos, continuando por las costas judiciales, siguiendo por los tributos, los intereses de demora, las comisiones y los intereses ordinarios y finalizando por el principal de la deuda pendiente de pago.

Desde luego, los mencionados preceptos, que se encuentran contenidos en el apartado relativo a "De la imputación de pagos", establecen, el primero de ellos, que "El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse. Si



acceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato", el segundo que "Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses" y el tercero que "Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata", con lo que es evidente que con la cláusula controvertida se produce una modificación de las reglas de imputación de pagos en dichos preceptos establecidas.

En efecto, no sólo no existe constancia alguna de que la mencionada cláusula fuera negocia por los contratantes, sino que, de hecho, la misma resulta objetivamente perjudicial para la parte deudora, en la medida en que no es el deudor que paga el que decide a qué saldo imputar el pago verificado, sino que es la entidad bancaria la que ostenta la facultad de determinar a qué saldo imputar ese pago mencionado, de tal manera que puede suceder que mientras la imputación, desde la perspectiva del referido deudor, podría dar lugar a que el mismo destinase el pago a aquella deuda más gravosa para él, que es desde luego la hipotecaria, dado que el impago podría llevar como consecuencia la pérdida del bien hipotecado, que puede ser la vivienda habitual, el acreedor puede tener el interés contrario de imputar el pago a una minoración de una deuda diferente de las varias que pueden pesar sobre él, en atención a que esa deuda hipotecaria se encuentra suficientemente garantizada con ese derecho real.

Es evidente, pues, que la cláusula que es objeto de análisis, no negociada individualmente, pues nada consta al respecto, genera en contra del consumidor prestatario, y por ende para el fiador demandante, un perjuicio y un desequilibrio importante, debido a que les priva de la imputación de pagos que el Código Civil reserva al deudor y favorece injustificadamente a la entidad prestamista, la cual, al atribuirse la facultad de imputar los referidos pagos a su conveniencia y de forma discrecional y arbitraria, podría incluso dar lugar a la pervivencia o no del contrato, simplemente con aplicar los pagos a una deuda pendiente distinta de la garantizada con la hipoteca y alegar el incumplimiento del contrato de préstamo, justificativo de la resolución del mismo y de su vencimiento anticipado.

En consecuencia con lo expuesto, no puede por menos que concluirse que dicha cláusula ha de estimarse nula de pleno derecho, por cuanto que contraviene una norma imperativa, en concreto lo dispuesto en los referidos preceptos del Código Civil, por lo que el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia, en virtud del cual se acuerda la mencionada declaración de nulidad, ha de ser mantenido, con la consiguiente desestimación que ello ha de conllevar del motivo de recurso interpuesto a este respecto por la entidad la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito y que ha sido analizado.

No obstante lo cual si se hace necesario precisar que el pronunciamiento contenido al respecto en los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida no se ha trasladado al Fallo de la misma, en el cual no se hace referencia alguna a dicha cláusula y a la nulidad acordada, y, aun cuando esa circunstancia pudo ser subsanada en la primera instancia, en la que pudieron los litigantes solicitar al respecto la oportuna aclaración y complemento de dicho Fallo, procede efectuar dicha aclaración en esta instancia, señalando que la sentencia recurrida ha de ser complementada, en lo que a dicho Fallo hace referencia, en el sentido de señalar que en el mismo procede " **DECLARAR** la nulidad de la cláusula novena, rubricada "Pagos e imputación de los mismos" y contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2000 suscrito entre D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: " *Los pagos de la PARTE PRESTATARIA tengan que realizar por razón de lo pactado en la presente escritura deberán ser hechos en cualquiera de las oficinas de la CAJA RURAL DE NAVARRA. Los pagos que efectúe la PARTE PRESTATARIA se imputarán por el siguiente orden: gastos, costas judiciales, tributos, intereses de demora, comisiones, intereses ordinarios y principal de la deuda pendiente de pago* ".

UNDECIMO .- En cuanto al siguiente motivo de recurso planteado por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, la cual sostiene al respecto la validez de la cláusula de valor de tasación a efectos de subasta, pues esa cláusula es un requisito constitutivo, conforme al artículo 682 L.E.C ., que el nuevo contenido de tal precepto normativo, relativo a que el valor de subasta no puede ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1.981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, se establece como una nueva limitación, no como un requisito formal, que, en cualquier caso, atendiendo a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas, la misma va dirigida a los contratos que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2.013, y, por lo tanto, hay que estar al momento en el que se concertó la hipoteca (18 de Septiembre de 2.009) y no aplicar una medida procesal inexistente y no prevista, que puede conducir a que la hipoteca sea válida, pero no ejecutable, produciendo una indudable situación de indefensión a la entidad acreedora y vulnerando el derecho a una tutela judicial efectiva, dicho motivo ha de ser desestimado, por cuanto que esta Sala no puede por menos que



concluir, tal y como ha concluido también el Juez a quo en su resolución, que la mencionada cláusula adolece de la nulidad que por parte del mismo se ha apreciado, por su carácter indudablemente abusivo.

En efecto, la alegación verificada al respecto por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito en su escrito de recurso, en el sentido de que la cláusula mencionada ha de estimarse válida, no puede ser tomada en consideración, por cuanto que si bien es cierto que la misma en el momento del otorgamiento de la escritura no infringía la normativa vigente, en concreto lo determinado en el art. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exigía la fijación de un valor del bien hipotecado a los efectos de una eventual subasta, sin imponer límite cuantitativo alguno, ni se aprecia que la misma sea oscura o difícilmente comprensible, sin embargo si es lo cierto que crea en este caso un evidente desequilibrio entre los contratantes, en atención al importe fijado en esa escritura otorgada entre los litigantes, como valor del bien objeto de la referida hipoteca, y a la valoración que acerca del mismo en aquella época consta acreditada en los autos.

Desde luego, lo primero que ha de precisarse es que el art. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la época en la que se otorgó la escritura de préstamo sobre la que versa el presente procedimiento, determinaba que, en su apartado 2, que "Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta. 2.º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca", por lo que es evidente que la referida cláusula, en el momento de su inclusión en la escritura otorgada, se ajustaba a la normativa en aquel entonces vigente, aun cuando resulta patente en igual forma la circunstancia de que la misma no se ajusta en modo alguno a la normativa actual.

En efecto, tras la reforma verificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y con la modificación introducida en dicho precepto por el art. 7, 11 de la misma, el referido apartado 2, 1º, en lo que a estos efectos hace referencia, ha quedado redactada indicando que "Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario", redacción que se mantiene en la actualidad, dado que no le ha afectado la modificación efectuada en fecha Julio de 2.015.

Pues bien, aun cuando se da la circunstancia de que la normativa vigente a la fecha del otorgamiento de la escritura se respetaba por la cláusula controvertida, sin embargo no sólo se da la circunstancia de que la normativa actual no se respeta por la misma, sino que, además, crea, como ya se ha indicado un desequilibrio palmario entre las dos partes contratantes, por cuanto que el importe establecido en la escritura de préstamo hipotecario suscrito en fecha 18 de Septiembre de 2.009 como valor del bien hipotecado, y a los efectos de la subasta, es un importe de 250.000 euros, que resulta muy inferior al 75% del reseñado en la valoración encargada por D. Héctor en el referido año 2.009, pues en dicha valoración, emitida en concreto en fecha 23 de Octubre del mencionado año, y que obra en las actuaciones, se determina por el profesional designado al efecto que la finca hipotecada tiene un valor 632.300 euros.

Desde luego, resulta evidente no sólo que la cláusula cuestionada no se ajusta a la normativa actual, cuya finalidad es sin duda alguna la de evitar que, con la fijación de un tipo de subasta muy por debajo del valor de tasación de la finca de que se trate, se vea el deudor hipotecario, en tal eventual circunstancia, privado de ella por un valor que no se corresponda con el valor real de la misma, a pesar de que, como ya se ha indicado, se ajustaba a la normativa vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, que no ponía condición cuantitativa alguna al valor de la tasación que había de quedar reflejado en la escritura, sino que, además, y ello es lo fundamental, aun cuando presente una redacción sencilla, clara y de fácil comprensión para prestatarios y fiadores, reseña un importe en relación a la finca hipotecada que crea una patente situación de desequilibrio entre los contratantes, lo cual se encuentra proscrito por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

Desde luego, ha de precisarse a este respecto, y como ya se ha indicado previamente, que, al tiempo de celebrar el contrato de préstamo estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 disponía que las condiciones generales establecidas en contrato con consumidores debe cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual excluye las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio, cuyo incumplimiento de algún requisito conlleva la nulidad de pleno derecho (artículo 10.4), y se



da la circunstancia de que en el presente caso estima esta Sala que concurre tal circunstancia, por cuanto que el valor señalado para la finca a los efectos de subasta en el contrato de préstamo hipotecario de que se trata en este procedimiento resulta muy inferior al valor de tasación de la misma a la fecha en que se concertó el referido contrato, además, por supuesto de resultar inferior al 75% de su valor tasado, por lo que es evidente que el mismo ha sido introducido en la escritura por parte de la entidad bancaria otorgante con vulneración del principio de la buena fe, que había de regir la contratación llevada a cabo, y creando una clara y evidente situación de desequilibrio para la otra parte contratante.

En consecuencia con lo expuesto, no puede por menos que concluirse que había de apreciarse en este caso la nulidad que había sido pretendida por D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo de esa cláusula decimocuarta del contrato de préstamo hipotecario de fecha 18 de Septiembre de 2.009 concertado entre ellos y la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, tal y como ha sido acordado en la sentencia dictada en la instancia, la cual resulta correcta, en lo que respecta al pronunciamiento contenido en ella en relación a dicha cláusula, por lo que el mismo ha de ser mantenido, y ello con la consiguiente desestimación que la confirmación del mismo ha de conllevar de este motivo de recurso que ha sido alegado por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito y que ha sido analizado.

DUODECIMO .- Por lo que se refiere al siguiente motivo de recurso planteado por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, conforme al cual la misma sostiene la validez de la cláusula de fianza, entendiéndose improcedente la nulidad de esa cláusula de fianza establecida en la escritura pública de préstamo hipotecario, pues la misma no supone una renuncia de derechos, sino que se trata pura y simplemente de una delimitación de la extensión de la fianza, y es que la renuncia a los derechos de división, orden y excusión es superflua, ya que esta renuncia va implícita en el carácter solidario de la fianza, y que la redacción utiliza términos claros que tratan de explicar el significado jurídico de los beneficios a los que se renuncia, dicho motivo ha de ser, por el contrario, estimado.

Y ello, por cuanto que esa cláusula vigésima del contrato suscrito, relativo a la fianza, y que determina que "Los cónyuges D. Héctor y DOÑA Margarita , los cónyuges DON Jesús María y DOÑA Caridad , el primero representado en la forma vista, y los cónyuges DON Primitivo y DOÑA Ana María , PARTE FIADORA garantizan solidariamente entre sí, y frente a la CAJA RURAL DE NAVARRA, el pago de todas las obligaciones asumidas en esta escritura por la PARTE PRESTATARIA, constituyéndose en fiadores solidarios de ésta, con renuncia de los beneficios de excusión, orden y división. El afianzamiento subsistirá hasta que queden completamente canceladas las obligaciones de la PARTE PRESTATARIA contenidas en la presente escritura, por lo que la PARTE FIADORA presta su consentimiento expreso a las moratorias y prórrogas que pudieran concederse a la PARTE PRESTATARIA", en modo alguno ha de estimarse nula, debiendo, por el contrario, mantenerse vigente en lo que a ese afianzamiento se refiere, si se tiene en cuenta que en la misma se utiliza con toda claridad el término "fiadores solidarios", término sin duda alguna perfectamente conocido por todos y que conlleva la renuncia a los mencionados beneficios.

En efecto, y con respecto de la fianza, ya se ha pronunciado esta Audiencia en una resolución previa, indicando, y se cita textualmente, lo siguiente:

"La fianza es una relación jurídica contractual y no una cláusula contractual reguladora del contrato de préstamo, por más que el pacto de afianzamiento se documente en la póliza de préstamo.

Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste (art. 1.822.1 CC).

Son notas características de la fianza, su carácter accesorio respecto de la obligación principal ya que no puede existir sin una obligación principal válida (art. 1.824 CC) y la subsidiaridad que implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple.

La subsidiaridad es nota esencial de la fianza tanto solidaria como cuando existe beneficio de excusión.

Lo que diferencia la obligación del fiador solidario y la obligación del deudor solidario en el plano de la relación jurídica con el acreedor, radica en que la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En suma, el incumplimiento previo del deudor principal, presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador.

El afianzamiento solidario ó con renuncia al beneficio de excusión, implica que el fiador queda obligado de idéntica manera que el deudor principal y que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador ó contra ambos. El art. 1822 párrafo CC se remite a lo establecido en la Sección 4^a del Capítulo III del Título I del Código Civil, por lo la normativa aplicable es la contenida en los artículos 1.137 y ss CC , y más concretamente, lo dispuesto en el artículo 1.144 del C.C ..



Consiste el beneficio de excusión o de orden en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor (art. 1830 CC).

El art. 1830 CC no es norma imperativa sino dispositiva y, por ende, el beneficio de excusión no esencial a la fianza, pues el fiador, sin perder su función de tal, puede obligarse solidariamente con el deudor. El párrafo 2º del art. 1822 prescribe que si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección relativa a las obligaciones solidarias. Y el art. 1831 CC en lo que hace al caso, que la excusión no tiene lugar: 1º cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella, y 2º cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.

El beneficio de excusión implica que el fiador puede aplazar el cumplimiento de su obligación de pago mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda. Ahora bien, no debe servir de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio la acción del acreedor. Para conciliar ambos intereses establece el Código Civil las condiciones bajo las que el fiador puede hacer uso de dicho beneficio, que son, según el art. 1832 CC , las dos siguientes:

1ª) Que oponga dicho beneficio al acreedor luego que éste le requiera para el pago.

2ª) Que señale el fiador bienes del deudor que reúnan esta doble condición ser realizables dentro del territorio español, y ser suficientes para cubrir el importe de la deuda.

No implica el beneficio de excusión que el acreedor haya de dirigir su demanda en primer término contra el deudor, y sólo después pueda dirigirse contra el fiador, pues con objeto de procurar la mayor economía en los gastos y tiempo de la reclamación el Código Civil permite que el acreedor pueda citar al fiador cuando demande al deudor principal, sin perjuicio de quedar siempre a salvo el beneficio de excusión , aunque se dé sentencia contra los dos (art. 1834 CC).

Señalaremos asimismo que es notorio que la fianza solidaria sin beneficio de excusión, orden y división es la modalidad contractual más utilizada en la práctica en los contratos de préstamo y, más si cabe, en los préstamos personales".

Y también, y en lo que a esta cláusula de afianzamiento se refiere, esta misma Sala ya se ha pronunciado en anteriores resoluciones, señalando, y se recoge en igual forma textual, lo siguiente:

"El apartado 1 del art. 1 LCGC dispone 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.

La STS 241/2013, de 9 de mayo , establece que constituyen requisitos de las mismas 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 su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (apartado 137).

Igualmente, como indica la referida sentencia: "es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157)".

Constituye doctrina pacífica y consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (así SSTS de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015) que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE , como el TRLGDCU (art. 82.2).

En concreto, la última resolución declara: "Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitarse la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente



de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial".

DECIMOTERCERO .- Realizadas todas esas consideraciones que han quedado expuestas, se constata de la lectura de la sentencia de instancia que el Juzgador indica que nos encontramos ante una condición general, y a este respecto también esta Sala ha indicado que debe distinguirse entre la fianza (accesoria del contrato de préstamo) y la renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y extinción por parte del fiador, siendo así que "En relación a la primera, no constituye condición necesaria para la formalización de un préstamo que un tercero afiance la obligación contraída por el prestatario. La intervención del fiador es voluntaria, si quiere interviene en la operación y si no quiere no lo hace, por lo que cabe concluir que si participa es perfectamente consciente de lo que ello significa, esto es, que se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste (art. 1.822 CC). Ahora bien, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (art. 1.830 CC) y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer (art. 1837 CC), salvo que así se pacte expresamente. Por tanto, la constitución de la fianza no exige ineludiblemente la renuncia a los beneficios de excusión y división por parte del fiador, y no cabe deducir que ha habido negociación sobre dichos extremos del mero hecho de la constitución de aquélla".

Pues bien, a la vista de todas las actuaciones practicadas, y dado que se sostiene por la parte demandante que no hubo una negociación con la entidad bancaria respecto a dicha cuestión controvertida, no existiendo elemento alguno para apreciar su existencia, salvo las alegaciones que la mencionada entidad verifica, había de concluirse que la misma constituye una condición general de la contratación, tal y como el mencionado Juzgador ha establecido en su resolución.

Y, una vez alcanzada la mencionada conclusión, procede analizar la nulidad de la cláusula controvertida, por abusividad, al amparo de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación , dado que dicha abusividad ha sido apreciada en la resolución recurrida, y examinar, por un lado, si se ha dado cumplimiento por la entidad bancaria a los deberes de transparencia y, por otro, si se ha producido un desequilibrio importante, en contra de las exigencias de la buena fe, que se haya generado a aquellos de los demandantes que ostenta la posición de fiadores, y en tal condición, y a ese respecto también esta Sala se ha pronunciado previamente, señalando que:

"El citado precepto dispone que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), norma en vigor al tiempo de celebrar el contrato del que trae causa la demanda.

De acuerdo con el artículo décimo de la TRLGDCU las cláusulas deberán cumplir los siguientes requisitos, entre otros: a) corrección, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa y b) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye, las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los controles de inclusión (control de transparencia formal o documental) y de transparencia (control de transparencia real) y la validez de las denominadas cláusulas suelo en diversas resoluciones, entre ellas, las sentencias nº 241 de 9 de mayo de 2013 y nº 464 de 8 de septiembre de 2014 , muchas de cuyas consideraciones son extrapolables al caso de autos.

En concreto, por lo que respecta al control de transparencia real la STS de 9 de mayo de 2013 , indica que dicho control tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (210). Por ello, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (211), de forma que se garantice que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa (213).

Y la STS de 8 de septiembre de 2014 precisa: "6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como



proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)".

DECIMOCUARTO .- Pues bien, en este caso que nos ocupa, se constata, tras la lectura de la referida cláusula vigésima que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado en fecha 18 de Septiembre de 2.009 entre la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito y D^a. Inocencia y D. Camilo , en su condición de prestatarios, y D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , en su condición de fiadores, se ha identificado a estos últimos perfectamente como tales fiadores de las obligaciones asumidas en esa escritura por los referidos prestatarios, incluyendo en ella, en concreto, que se constituyen en "fiadores solidarios" de los mismos y que, en tal condición, hacen "renuncia a los beneficios de excusión, orden y división", pues en concreto y como ya se ha transcrito anteriormente se recoge en la misma que todas las personas que se reseñan y que integran la "PARTE FIADORA garantizan solidariamente entre sí, y frente a la CAJA RURAL DE NAVARRA el pago de todas las obligaciones asumidas en esta escritura por la PARTE PRESTATARIA, constituyéndose en fiadores solidarios de ésta, con renuncia de los beneficios de excusión, orden y división".

Y a ese respecto no puede en modo alguno apreciarse que la cláusula concertada sea compleja u oscura en su redacción, ni que sea ilegible por el tamaño de la letra, o que no sea clara en cuanto a su contenido, teniendo en cuenta que en ella, que se reseña con el encabezamiento "FIANZA", se recoge con toda claridad el término fiadores "solidarios" y que dicho término es conocido por todos, en cuanto que supone que quien se solidariza con una persona responde con ella, y junto a ella, en su misma e idéntica posición.

Y en lo que hace referencia al supuesto desequilibrio que dicha cláusula ocasiona al consumidor, también esta Audiencia se ha pronunciado ya, en un supuesto anterior y similar a este que nos ocupa, señalando que:

"No cabe hablar de desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de fiador-prestamista acreedor en los términos planteados por la recurrente, en cuanto del contrato de fianza no derivan derechos y obligaciones para ambas partes, lo que caracteriza a la fianza es precisamente que sólo genera obligaciones para el fiador sin prestación a cargo del acreedor principal.

Añadiremos que aún constando en contrato de adhesión no se advierte que sea desproporcionada, siendo una cláusula y exigencia de cualquier prestamista hoy por hoy habitual, también a fecha de celebración del contrato, y proporcional a la suma prestada a la deudora principal, inexistencia de más garantía que la personal y a que el préstamo se otorga con el fin de refinanciar deudas previas impagadas (así se afirma por la parte ejecutante en impugnación a la oposición y no se cuestiona por las recurrentes).

No puede estimarse tampoco que la fianza en los términos pactados deja a la recurrente en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente tal que permita concluir desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, ya que si con arreglo al art. 1830 CC el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, igualmente lo es que el fiador sólo puede beneficiarse de dicha posición dijéramos subsidiaria y, por ende, eludir su obligación de pago cumpliendo los requisitos del art. 1832 CC en los términos que han quedado reseñados, siendo la jurisprudencia particularmente rigurosa en la interpretación de los requisitos establecidos en dicho precepto.

Y en el juicio de comparación de "si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual " (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 , caso Mohamed Aziz , párrafo 69), la respuesta no puede ser negativa, debiendo insistirse en que la fianza solidaria con exclusión de los beneficios de excusión, división y orden es una figura de uso absolutamente generalizada, siendo además prácticamente notorio las obligaciones que de la misma se derivan".

Y concluye dicha resolución señalando que en tal tesitura, sostener, como hace la demandante, que no conoció la responsabilidad que adquiriría, ni hubiera aceptado este tipo de fianza que refleja la póliza, resulta mera alegación, sin más respaldo que la versión subjetiva de la recurrente y desprovisto de una verosimilitud razonable, y estas consideraciones son plenamente trasvasables a este procedimiento que nos ocupa, en el que no cabe la menor duda de que los demandantes D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a.



Ana María , D. Héctor y D. Primitivo hubieron de conocer ineludiblemente, dados los términos del contrato concertado, las consecuencias derivadas de la firma de una escritura de afianzamiento, en la que se colocaban en la posición de fiadores "solidarios" de los prestatarios D^a. Inocencia y D. Camilo , para hacer frente a las mismas obligaciones que estos últimos asumían frente a la entidad bancaria prestamista, siendo plenamente conscientes de que habían de responder de la obligación contraída al mismo nivel que dichos prestatarios.

En consecuencia con lo expuesto, no puede por menos que concluirse que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito contra la sentencia dictada en la instancia y revocar ésta parcialmente, en el sentido de señalar que procede dejar sin efecto la declaración en ella contenida de nulidad de la cláusula vigésima del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre D^a. Inocencia y D. Camilo , como prestatarios, y D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , como fiadores, y la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, en fecha 18 de Septiembre de 2.009, la cual ha de ser lógicamente declarada válida y ha de surtir, por ello, sus plenos efectos.

DECIMOQUINTO .- Puesto que han sido estimadas en parte las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda interpuesta por D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo , no procede verificar consideración alguna con respecto de las costas devengadas en el curso de la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que también este pronunciamiento de la sentencia de instancia ha de ser revocado.

En efecto, el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en el párrafo 1º de su primer apartado que "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho", añade en el segundo párrafo del mismo apartado que "Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares", y establece en su apartado 2º que "Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad", y, dado que en el presente caso se han estimado parcialmente las pretensiones formuladas por D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo en su escrito de demanda, es evidente que ese pronunciamiento estimatorio en parte de las peticiones contenidas en el escrito de su demanda había de conducir a la no imposición a ninguna de las partes litigantes de las costas ocasionadas en el curso del procedimiento de que se trata.

En consecuencia con lo expuesto, y teniendo en cuenta que la demanda interpuesta y las alegaciones en ella contenidas se hallaban parcialmente justificadas, pues han sido estimadas en parte las pretensiones en la misma planteadas y se han estimado también en parte los motivos de oposición alegados por parte de la entidad demandada en el escrito por ella presentado, no puede por menos que concluirse que no procedía la imposición a ninguna de las litigantes de las costas devengadas con motivo de la tramitación del mismo, por lo que la sentencia de instancia ha de ser revocada, como ya se ha indicado, en el sentido mencionado de señalar que no procede verificar consideración alguna en cuanto a las costas devengadas en el curso de dicha primera instancia y con motivo de la tramitación del presente procedimiento, por lo que cada parte deberá abonar las ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

DECIMOSEXTO .- Y, dado que ha sido estimado en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, no procede tampoco efectuar consideración alguna en cuanto a las costas devengadas en esta instancia y como motivo de su tramitación, por lo que también cada parte deberá abonar las por ella ocasionadas y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el ya citado art. 394 del mismo cuerpo legal .

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO contra la sentencia de fecha 20 de Abril de 2.015, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián , debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada resolución, en el sentido de señalar que procede declarar la validez de la cláusula vigésima del contrato de préstamo hipotecario de fecha 18 de Septiembre de 2.009, concertado entre D^a. Caridad , D^a. Margarita , D^a. Ana María , D. Camilo , D. Héctor , D. Primitivo , D. Jesús María y D^a. Inocencia y la citada entidad bancaria, cláusula referida a la fianza constituida, dejando, por ello, sin efecto la declaración de nulidad de la misma



contenida en la referida resolución, y en el sentido de señalar que no procede verificar consideración alguna en cuanto a las costas devengadas en el curso de dicha primera instancia y con motivo de la tramitación del presente procedimiento, por lo que cada parte deberá abonar las ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

Asimismo, y dada la omisión apreciada en el Fallo de la referida resolución, en cuanto a la cláusula novena del citado contrato de préstamo hipotecario, procede verificar la oportuna aclaración y complemento de dicho Fallo, señalando que la sentencia recurrida ha de ser complementada, en lo que al mismo hace referencia, en el sentido de señalar que procede:

" **DECLARAR** la nulidad de la cláusula novena, rubricada "Pagos e imputación de los mismos" y contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de septiembre de 2000 suscrito entre D^a. Inocencia , D. Camilo , D. Jesús María , D^a. Caridad , D^a. Margarita , D. Ana María , D. Héctor y D. Primitivo y CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en cuanto dispone: " *Los pagos de la PARTE PRESTATARIA tengan que realizar por razón de lo pactado en la presente escritura deberán ser hechos en cualquiera de las oficinas de la CAJA RURAL DE NAVARRA. Los pagos que efectúe la PARTE PRESTATARIA se imputarán por el siguiente orden: gastos, costas judiciales, tributos, intereses de demora, comisiones, intereses ordinarios y principal de la deuda pendiente de pago* ".

Procede, por el contrario, mantener el resto de los pronunciamientos en la mencionada resolución contenidos y, todo ello, sin verificar tampoco consideración alguna en cuanto a las costas devengadas en esta instancia y con motivo de la tramitación del referido recurso, por lo que también cada parte deberá abonar las por ella ocasionadas y las comunes por mitad.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.