SENTENCIA Nº 43/15

En Almería, a 1 de abril de 2015.

Vistos por mí, don Leandro Blanco García-Lomas, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil Único de Almería, los autos de Juicio Ordinario con número 177/2014, en el que es parte demandante don xxxxxx, representado por la Procuradora de los Tribunales doña xxxxxxxxxxxxxx y asistido por el Letrado don xxxxxxxxxxxxxx, y parte demandada la entidad mercantil Bankia, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don xxxxxxxxxxxxx y asistida en el acto de la audiencia previa por la Letrada xxxxxxxxxxxx, en sustitución de la Letrada doña xxxxxxxxxxxx, habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD y ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, dicto la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de marzo de 2014, la Procuradora de los Tribunales doña xxxxxxxxxxxxxxx, actuando en nombre y representación de don xxxxxxxxxxxxx, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad mercantil Bankia, S.A.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que la contestase, cosa que hizo la representación procesal de la entidad mercantil Bankia, S.A. mediante escrito presentado en este Juzgado el día 14 de mayo de 2014.

El día 23 de marzo de 2015 tuvo lugar el acto de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos, quedando los autos vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Breve relato de hechos.

1. La adecuada comprensión de la controversia instaurada a partir de la demanda iniciadora de la presente litis, exige que, con carácter previo a la exposición de las posiciones de las partes y a la delimitación del objeto de la controversia, traiga a colación los hitos más importantes que constituyen el sustrato fáctico de la controversia:

a) En el momento de suscribir el préstamo con garantía hipotecaria, don xxxxxxxxxxxxxxx era empleado de la entidad mercantil Bancaja, S.A. (actualmente, Bankia, S.A.), lo que suponía que podía acceder a unas mejores condiciones de pago de intereses recogidas en el Reglamento de Beneficios Sociales para empleados de Bancaja y en el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro.

b) El día 18 de noviembre de 2005, la entidad mercantil Bancaja, S.A. (actualmente, Bankia, S.A.), como prestamista, y don xxxxxxxxxxxxxxxxx, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo hipotecario (documento número 1 de la demanda, no impugnado de contrario, por lo que, conforme al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), puesto en relación con el artículo 319 de la LEC, hace prueba plena del estado de cosas que documenta), cuyas condiciones esenciales eran las siguientes:

1.- Finalidad del préstamo: adquisición de la vivienda habitual de don xxxxxxxxxxxxxxx

2.- Principal: 202.000 euros.

3.- Plazo: 360 cuotas mensuales.

4.- Estipulación financiera 1ª: consta que el préstamo se formalizó *„al amparo de lo dispuesto en el Reglamento de Beneficios Sociales para empleados de Bancaja que desarrolla y completa lo previsto en el Convenio Colectivo del sector*" (Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro 2003 - 2006, que entró en vigor el día 16 de marzo de 2004 - BOE de 15 de marzo de 2005).

5.- Intereses: se estipularon los siguientes tipos: (i) durante el primer año (hasta el día 10 de noviembre de 2006), el tipo de interés fijo de 1,6212%; y (ii) después del primer año, tipo de interés variable consistente en el Euribor a 1 año más el siguiente diferencial: el menor de los dos siguientes índices:

- El resultante de restar, al tipo de interés de referencia, el margen o diferencial de dos puntos, sin que el tipo nominal anual sea inferior al 3% nominal anual.

- El correspondiente al 70% del tipo de interés de referencia, sin que el tipo nominal anual resultante pueda ser superior ni inferior al fijado por el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros para operaciones de préstamo vivienda. Éste es el diferencial que venía aplicándose.

6.- Cláusula 6ª BIS: *„La Caja podrá declarar vencida anticipadamente la obligación*

y exigir el inmediato pago de cuanto se le adeude por capital e intereses, incluso de demora, por cualquiera de los procedimientos indicados en las siguientes estipulaciones no financieras 7ª y 8ª, perdiendo consecuentemente la parte prestataria el beneficio del plazo convenido para la devolución del préstamo, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

(…)

g) En caso de cese voluntario o forzoso del trabajador en la prestación de sus servicios, así como por cualquier otra causa que implique la extinción de la relación laboral como empleado de la Caja, salvo que el prestatario opte por la conversión del tipo de interés nominal anual de este préstamo, equiparándolo al tipo d activo de referencia CECA que calcula y publica el Banco de España, correspondiente al cuarto mes anterior a aquel en que se produzca la conversión. En dicho tipo no se efectuará ningún ajuste o conversión para la determinación del tipo de interés nominal anual aplicable.

h) En cualquier otro supuesto aquí no contemplado, que previamente hubiera dado lugar a la suspensión de la relación laboral entre el empleado y la Entidad, finalizada la misma y adquirido el carácter definitivo de extinción contractual, se procederá de igual modo que en el punto g) anterior."

c) Como consecuencia de un expediente de regulación de empleo (documento número 2 de la demanda, no impugnado de contrario, por lo que, conforme al artículo 326 de la LEC, puesto en relación con el artículo 319 de la LEC, hace prueba plena del estado de cosas que documenta), al que don xxxxxxxxxxxxxxxx tuvo que acogerse, cesó en su relación laboral, lo que motivó, habida cuenta de la alternativa contenida en la cláusula 6ª bis g) del contrato, que la entidad demandada aplicara un nuevo tipo de interés con base en el índice de referencia CECA, pasando las cuotas de 710,50 euros mensuales a 1.083,05 euros mensuales.

SEGUNDO.- <u>Planteamiento de la controversia. Argumentos de las partes.</u>

2. En el presente procedimiento la parte demandante ejercita, al amparo del artículo 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), una acción individual de nulidad encaminada a que esta sentencia contenga los siguientes pronunciamientos:

a) Con carácter principal:

„1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula 6ª BIS „Resolución Anticipada por la Entidad de Crédito", en cuanto a sus apartados g) y f), estipulación inserta en la

operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas y tener carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminar dichos apartados de la cláusula 6ª BIS del contrato.

3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, aplicando como índice de referencia el pactado en la cláusula 3ª Bis, desde la fecha de aplicación del índice CECA, así como en el periodo de aplicación del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios del Conjunto de Entidades, aplicado por sustitución.

4º.- Condenar a la demandada a devolver la cantidad resultante del excso de intereses cobrado a mi mandante en virtud de la cláusula nula, con los intereses legales desde los respectivos abonos, mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades.

5º.- Condenar a la demandada al pago de las cuotas causadas."

b) Con carácter subsidiario:

„1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de los apartados g) y f) de la cláusula „6ª BIS. „ Resolución Anticipada por la Entidad de Crédito", por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminar dichos apartados de la cláusula 6ª BIS del contrato.

3º.- Condenar a la entidad demanda a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el pactado en la cláusula 3ª Bis, desde la fecha de aplicación del índice CECA, así como en el período de aplicación del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios del Conjunto de Entidades, aplicado por sustitución.

4º.- Condenar a la demandada a devolver la cantidad resultante del exceso de intereses cobrado a mis mandantes en virtud de los apartados nulos, con los intereses legales desde los respectivos abonos, mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades.

5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas."

3. Podemos afirmar que, tras la audiencia previa, la cuestión objeto de la controversia quedó centrada en un aspecto meramente jurídico. Por esta razón, conviene al adecuado análisis de la controversia, exponer los argumentos jurídicos de las partes, para a continuación, tratar de dar respuesta a cada una de las controversias jurídicas existentes. Así, los argumentos esgrimidos por las partes son los siguientes:

a) Argumentos de la parte demandante favorables a la declaración de nulidad:

– La pretensión principal: la cláusula controvertida es nula por contradecir las normas imperativas y por tener carácter abusivo: la asistencia letrada de la parte demandante considera que la facultad de declarar vencido anticipadamente el préstamo hipotecario tiene que estar ligada irremediablemente a un incumplimiento del deudor, premisa que en el caso concreto falla, por cuanto que no se puede achacar ningún incumplimiento al demandante. Recuerda que la jurisprudencia ha venido atribuyendo a las cláusulas de vencimiento anticipado carácter abusivo cuando esta facultad de la entidad bancaria no obedezca a una justa causa o cuando no sea objetiva (STS de 16 de diciembre de 2009, entre otras). El carácter abusivo de la cláusula en cuestión es más evidente que en los supuestos analizados en la jurisprudencia, por cuanto que el demandante nunca ha dejado de cumplir con sus obligaciones, siendo que únicamente puede liberarse de la resolución anticipada si opta por convertir los intereses pactados aplicando un índice que es el más elevado de todos los oficiales. Contraviene de esta forma lo dispuesto en el artículo 62.12.3º del Convenio Colectivo aplicable („*en el supuesto de rescisión de la relación de trabajo por renuncia o por despido, las Cajas aplicarán las condiciones establecidas para los préstamos ordinarios*"), ya que en este caso ni existe renuncia ni despido, ni el índice CECA es una condición de los préstamos ordinarios. Además, a pesar de que el indicado precepto señala que es causa de vencimiento anticipado del préstamo el cese voluntario o forzoso del empleado, entiende que no puede habilitar a la entidad demandada a confeccionar una cláusula de vencimiento anticipado como la discutida en este procedimiento, por cuanto que un convenio colectivo no puede extender sus efectos más allá de la ruptura de la relación laboral, así como que en el supuesto de que entendiésemos que así es, no puede habilitar a establecer unas condiciones distintas de las ordinarias. Es más, la STSJ Andalucía (Sección 1ª), de 17 de enero de 2013 considera ilegal un pacto que establezca „*en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables y contrarias a las disposiciones legales y al Convenio Colectivo antes expresado (art. 3.1 e) del Estatuto de los Trabajadores), al ser contrario a normas imperativas y prohibitivas, y por tanto nulo de pleno derecho*". El efecto de la declaración de nulidad, a pesar de la redacción vigente en el momento de presentar la demanda del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), conforme a la doctrina emanada de la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto contra xxxxxxxxxxx), es el de que el contrato debe subsistir en las mismas condiciones en que fue pactado en su momento, es decir, con los intereses de la cláusula 3ª bis. Así, por efecto del artículo 1.303 del CC deben recalcularse las cuotas y proceder la entidad demandada a la devolución de las cantidades indebidamente obtenidas en virtud de una cláusula declarada nula, sin que se den las circunstancias que llevaron al TS a limitar los efectos devolutivos de la nulidad.

– Petición subsidiaria: nulidad del índice CECA y del sustitutivo legal IRPH entidades: la asistencia letrada de la parte demandante pretende la nulidad, con carácter

subsidiario, no de la totalidad de la cláusula 6ª bis, sino únicamente de los apartados g) y h) del citado precepto, por las siguientes razones:

(i) Existe una infracción de la normativa bancaria, ya que es un hecho notorio que las entidades financieras, en los últimos años, al incrementar notablemente los diferenciales aplicados en los nuevos préstamos hipotecarios, han provocado que los clientes a quienes se impone un índice como el CECA o el sustitutivo de entidades, hayan visto mantenidos sus intereses en niveles superiores o cercanos al 5%, cuando el Euribor se reducía hasta mínimos históricos. De esta forma, estos índices pueden, y de hecho son manipulados, por lo que no reflejan el coste de mercado, vulnerando la siguiente normativa sectorial: (i) la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (en adelante, OM de 1994); (ii) la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España (en adelante, Circular 8/1990); y (iii) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (en adelante, Ley 2/2009). El artículo 2 de la Ley 2/2009 señala que los preceptos que regulan derechos tienen carácter imperativo. Alude también a que la infracción de la normativa sectorial bancaria, pese a que tengan el carácter de normas administrativas, también lo es de normas imperativas (STS de 22 de diciembre de 2009, entre otras).

(ii) Existe vulneración de la normativa protectora de los consumidores o usuarios: en concreto, existe vulneración del TRLGDCU, al no existir información clara y comprensible del funcionamiento de la cláusula en cuestión. Además, dichas normas tienen carácter imperativo.

(iii) Existe vulneración de las normas de la LCGC: en concreto, existe vulneración del artículo 7 de la LCGC, ya que el adherente no tuvo la oportunidad real de conocer el contenido de dicha condición general de contratación.

(iv) Existe vulneración de las normas de la Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD): la existencia de prácticas conscientemente paralelas, como la de manipular los índices de referencia, es contraria a la buena fe (artículo 4 de la LCD), y además puede imbuirse en el comportamiento del artículo 7 de la LCD.

(v) Existe infracción del Convenio Colectivo: ya que, como señala la asistencia letrada de la parte demandante, no se ha respetado el contenido del artículo 62.12.3º del Convenio Colectivo, el cual tiene fuerza de ley.

– Petición subsidiaria: nulidad de los apartados g) y h) de la cláusula 6ª bis por falta de transparencia y abusividad: la asistencia letrada de la parte demandante considera que la cláusula controvertida es nula por falta de transparencia, pues el adherente no pudo llegar a conocer y comprender el alcance de la cláusula controvertida en el funcionamiento

económico del contrato. Señala que los efectos de la nulidad de la cláusula porque se acoja alguna de las pretensiones subsidiarias, son los mismos que en el caso de la petición principal.

b) Argumentos de la parte demandada desfavorables a la declaración de nulidad:

– Petición principal: la asistencia letrada de la parte demandada considera, con cita de la SAP Alicante (Sección 4ª), de 30 de noviembre de 2000, que la cláusula de vencimiento anticipado no es nula por abusiva. Tampoco considera que exista nulidad de la citada cláusula por infracción de normas imperativas, por cuanto que el propio Convenio Colectivo de Cajas, en su artículo 62 apartado 12, prevé como causa de vencimiento anticipado del préstamo el cese voluntario o forzoso del empleado, siendo que el índice CECA era uno de los normalmente empleados en el tráfico jurídico.

– Petición subsidiaria: la asistencia letrada de la parte demandada considera que no existe vulneración de las normas imperativas: (i) no existe infracción de la normativa bancaria, ya que el índice CECA se ajustaba a la legalidad vigente en la fecha de firma del contrato y además era usualmente utilizado en el tráfico jurídico; (ii) no existe vulneración del TRLGDCU, ya que la cláusula en cuestión es clara, concreta y sencilla, no existe mala fe, ni desequilibrio para cualquier consumidor y menos para alguien del perfil del demandante; (iii) no existe vulneración de las normas de la LCGC, ya que no se ha vulnerado ningún precepto de dicha ley; (iv) no existe vulneración de la LCD, ya que no hay prueba alguna de la supuesta manipulación de los índices de referencia; y (v) no existe infracción de las normas del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro, en base a la argumentación anterior. Además, la asistencia letrada de la entidad demandada defiende que la cláusula tampoco es nula por falta de transparencia, ni en ningún caso se produjo el desequilibrio típico de la abusividad, debiendo recordar que el demandante es empleado de banca y que por tanto está familiarizado con estos productos.

TERCERO.- Análisis de la pretensión principal.

4. El análisis de la cuestión controvertida y de las alegaciones jurídicas, dada la forma en la que se ha entretejido la demanda, en el que las pretensiones se suceden en cascada y de forma subsidiaria unas a las otras, obliga a este Juzgador a advertir que forzosamente pararé de exponer mis razonamientos, por resultar innecesario el análisis de las pretensiones subsidiarias subsiguientes, en el momento en el que estime, de ser así, alguna de las pretensiones previas. En el caso de la que la parte demandante denomina pretensión principal, podemos identificar dos grupos de argumentos: (i) la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula 6 bis g) y h) del contrato) es nula por ser abusiva; y (ii) la cláusula en cuestión es nula por contravenir las normas imperativas.

A) Análisis de la abusividad de la cláusula.

5. El artículo 1.2 de la Directiva 93/13, que tiene su reflejo en el artículo 4.2 de la LCGC, excluye del ámbito de su aplicación todas aquellas cláusulas contractuales que reflejen normas legales o reglamentarias de carácter imperativo. Por considerar que una cláusula idéntica a la que es objeto de controversia en el presente procedimiento, reflejaba una norma imperativa o prohibitiva, la SJM Santander de 24 de noviembre de 2014 ha considerado que no es posible entrar a analizar la abusividad de una cláusula, ya que constituye un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, y por ende, de la LCGC. Su razonamiento es el siguiente:

„*En primer lugar el art 4,2 de la ley 7/98 de condiciones generales de la contratación dice que "Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". Teniendo presente que lo que se pretende es la nulidad de la cláusula "Modificación del tipo de interés por extinción de la relación laboral", y que la misma lo que hace es en esencia reproducir el contenido del art 41.5 del Convenio Colectivo de Banca (en lo que es objeto de discusión, esto es, la pérdida del beneficio o privilegio del empleado como consecuencia de la baja) afectando por lo tanto a la relación laboral en este concreto ámbito y constituyendo fuente de las mismas, considero que no cabe hablar de condición general ni aplicarle la regulación de la ley 7/98 puesto que la incorporación de esa cláusula no se produce como consecuencia de un contrato de adhesión en el que la parte no puede negociar, sino que tal cláusula se incorpora mediante la negociación colectiva indicada, es una simple transcripción de la misma, que incluso se acota o limita aún más en el préstamo discutido.*"

6. La SSTJUE de 21 de marzo de 2013 (caso RWE Vertrieb AG, asunto C-92/11), al que se remiten las SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 (caso Monika Kusionova contra Smart Capital, asunto C-34/13) y de 23 de octubre de 2014 (caso Schulz y Egbringhof, asunto C-359/11 y 400/11) estudian el ámbito de aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Así, esta última STJUE parte de la definición de norma imperativa que proporciona el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, que explica que la exclusión de su artículo 1.2 se extiende a las cláusulas que reflejen las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al resto. Podemos considerar que el primer tipo de normas son imperativas en sentido estricto, y el segundo, técnicamente son normas dispositivas. En todo caso es preciso acudir al fundamento de esta exclusión, que no es otro, según la STJUE de 21 de marzo de 2013 (caso RWE Vertrieb AG, asunto C-92/11), que la presunción de que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos. Es por eso que no cabe

controlar lo que el legislador ya ha controlado.

7. Dicho esto, lo cierto es que, como consta en el propio contrato y así convienen las partes, la cláusula 6ª bis del contrato refleja el contenido del artículo 62.12 del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro, que conceptúa como causa de vencimiento anticipado el cese voluntario o forzoso del empleado, por lo que podemos afirmar que las mismas no reflejan una cláusula imperativa en sentido estricto, ya que, como recuerda la STS de 12 de diciembre de 2014 „*en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley, sino más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario*". Otra cosa es que estemos ante una norma técnicamente dispositiva en el sentido del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, lo que nos llevaría a considerar aplicable la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Y es aplicable por cuanto que el contenido de la cláusula contractual controvertida refleja el contenido de un convenio colectivo y de unos pactos complementarios que son fruto de una negociación colectiva, que le resultará de aplicación al demandante si quiere acogerse a las condiciones favorables previstas para los empleados de la entidad demandada, salvo que la negociación individualizada lleve a las partes a un contenido distinto, cosa que se discute respecto del efecto de vincular la continuidad del contrato a la satisfacción de un tipo de interés que no se considera ordinario de mercado. Excluida la aplicabilidad de la Directiva 93/13 y de la LCGC, como por otra parte acogió la STSJ Andalucía de 18 de septiembre de 2014 cuando señaló que no puede „*entenderse que la cláusula adicional pactada de dejar de aplicar el tipo preferencial de interés para empleado y aplicar el ordinario con el límite establecido en el Convenio Colectivo sea voluntaria o forzosa la causa de la extinción de la relación laboral vulnere la legislación de protección de consumidores, porque no ha sido impuesta por la empresa, sino que es el resultado de una negociación colectiva*", no puede este Juzgador entrar a analizar la abusividad de una cláusula con fundamento en dicha normativa, salvo en aquello que se demuestre que excede del contenido del convenio colectivo.

8. Y aquello que se discute es precisamente lo que permitiría a este Juzgador entrar a conocer de la posible abusividad de la cláusula, cual es que el índice de referencia utilizado para mantener vivo el contrato no es el normal del mercado. Es más, dicha alternativa no aparece recogida en el Convenio Colectivo, o al menos no ha sido aportado a este procedimiento prueba de que pueda condicionarse la vigencia del contrato a la satisfacción de un índice distinto del pactado y que éste sea el establecido para los préstamos ordinarios. Y si atendemos a que el diferencial habitualmente utilizado en la época de la firma del contrato era el Euribor (82,2%, según el documento número 7 de la demanda, no impugnado de contrario), y no el índice CECA, no podemos afirmar que se haya dado cumplimiento a lo señalado en el Convenio Colectivo. Por tanto, puede examinarse la abusividad de los párrafos g) y h), pero no de la cláusula de vencimiento anticipado en cuanto facultad de resolución anticipada del contrato en sí misma considerada. Mas si se declara la abusividad de los párrafos g) y h) por contener una

previsión no especifica del Convenio, esta nulidad arrastrará sin más a toda la cláusula 6ª bis g) y h) del contrato.

B) Análisis de la posible contravención de la cláusula a normas imperativas o prohibitivas.

9. Dicho lo cual, cabe analizar si existe o no infracción de normas imperativas o prohibitivas, que la parte demandante lo centra precisamente en la subordinación de la vigencia del contrato, a pesar de que concurra causa de vencimiento anticipado, a la modificación de condiciones de pago, siendo éstas distintas a las normales del mercado. Y esto es así por cuanto que, discutiéndose el carácter de condición general de la contratación de la cláusula 6ª bis del contrato, ya que no fue fijado como hecho controvertido en el acto de la audiencia previa, el artículo 8.1 de la LCGC considera que será nula por abusiva todas aquellas condiciones generales de la contratación que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en cualquier norma imperativa o prohibitiva. Ya hemos señalado que la sujeción de la vigencia del contrato a la modificación de las condiciones para imponer un índice de referencia como la CECA, resulta contrario a la previsión del artículo 62.12 del Convenio Colectivo, además de ser una previsión no contemplada expresamente en él. Como estipulación contraria a lo regulado en el Convenio Colectivo, debería acarrear la nulidad de la cláusula, ya que como señala la STSJ Andalucía (Sección 1ª), de 17 de enero de 2013 es ilegal un pacto que establezca „*en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables y contrarias a las disposiciones legales y el Convenio Colectivo antes expresadas (art. 3.1 e) del Estatuto de los Trabajadores), al ser contrario a normas imperativas y prohibitivas, y por tanto nulo de pleno derecho*". Debe entenderse que las disposiciones del Convenio Colectivo son normas imperativas, pero no en el sentido del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, sino en el sentido de que tienen fuerza de ley entre las partes del Convenio Colectivo, siempre que no contravengan las normas legales imperativas o prohibitivas, y su contravención, conforme a lo señalado en el artículo 6.3 del CC, conlleva la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, en este caso de la cláusula contractual.

10. Pero, dado que la cláusula contractual contempla una estipulación no contenida en el Convenio Colectivo, también puede afirmarse que contraviene una norma prohibitiva, ya que deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes, cosa prohibida por el artículo 1.256 del CC. Así lo expresó la STS de 12 de abril de 2006:

„*El recurrente olvida que el cese de la relación laboral se produjo por razón de un despido que fue declarado improcedente, lo que significa irregular o no ajustado a Derecho. El fin de la relación laboral que unía al actor con la entidad recurrente fue, si se considera desde esta perspectiva, provocado injusta o al menos irregularmente por la recurrente, y en consecuencia no puede ampararse en el cese para justificar que la pérdida de la condición de trabajador justifique la resolución de la relación de crédito, pues sería tanto como dejar*

al arbitrio de una de las partes la eficacia de la relación, lo que prohíbe el artículo 1256 del Código civil (Sentencias de 7 de enero de 1985, de 27 de febrero de 1997, de 30 de diciembre de 2002, entre otras), además de constituir una actuación contraria a los imperativos éticos que impone la buena fe que integra la regulación contractual bajo el modelo de un comportamiento honrado, justo, leal, de acuerdo con el artículo1258 del Código civil y también según el precepto del artículo 7.1 del propio Código , que exige este modo de actuar en el ejercicio de toda suerte de derechos (Sentencias de 12 de julio de 2002, de 20 de febrero, 25 de julio y 2 de octubre de 2000, de 30 de enero de 2003, entre otras muchas). Con acierto, la Sentencia recurrida acude no al "proceso de las intenciones" sino a las evidencias reflejadas en la documentación de los contratos, donde encuentra, por una parte, que el vencimiento anticipado por razón del cese no figura expresamente convenido, y por otra parte que los documentos en que se habrían de reflejar los pactos y condiciones en que se fundaría la actuación de la entidad no se han aportado a los autos, a lo que se añade que el cese como trabajador, que daría pie al vencimiento anticipado y a la resolución, fue provocado irregularmente. No cabe ver, pues, en la decisión que se recurre ni rastro de una posible infracción de los preceptos contenidos en los artículos 1255 y 1256 del Código civil , por una parte, ni una infracción de las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1281 párrafo segundo y 1282 del mismo cuerpo legal , y más cuando, como tantas veces ha dicho esta Sala, la interpretación de los contratos corresponde a la Sala de instancia, y su revisión casacional se contrae a los supuestos en que se presenta como absurda, ilógica o contraria a Derecho (Sentencias de 12 y 16 de julio de 2002, de 11 de marzo, 21 de abril y 30 de diciembre de 2003, de 20 de enero y 20 de mayo de 2004, entre tantas otras), lo que en el caso está lejos de ocurrir."

11. Y en el caso presente, en el que la extinción de la relación laboral vino motivada por un expediente de regulación de empleo al que se vio abocado el demandante como consecuencia del proceso de reestructuración bancaria y de la absorción de la entidad mercantil Bancaja, S.A. por la entidad demandada, las condiciones de la resolución deberían ser las previstas en el Convenio Colectivo, pero al no hacerlo, liga el contrato a su exclusivo interés, reservándose unas condiciones no pactadas en el Convenio Colectivo, y por tanto, actuando en contra de la prohibición del artículo 1.256 del CC. Es por esta razón, y sin necesidad de entrar a analizar la abusividad de una cláusula, por la que la cláusula contractual controvertida debe considerarse abusiva. Además es nula, ya que su utilización perjudica al adherente, al someterle a condiciones de pago que encarecen injustificadamente el préstamo, máxime cuando no parece que dicha conducta tenga equivalencia con la penosa situación del demandante, obligado a terminar su relación laboral por circunstancias ajenas a su voluntad.

C) Efectos de la declaración de nulidad.

12. Los efectos de la declaración de nulidad son los previstos por la parte demandante, pero no por los argumentos esgrimidos, sino porque en un supuesto de nulidad

parcial como es el de la nulidad de una cláusula contractual por abusividad, si la declaración de nulidad no conlleva el efecto devolutivo de las cantidades indebidamente obtenidas en virtud de una cláusula que en ningún caso tuvo que haber regido la vida del contrato, se consagraría un enriquecimiento injusto.

13. Conforme al régimen de protección diseñado por el legislador comunitario, la declaración de abusividad de una cláusula contractual no conlleva necesaria y en todo momento la nulidad del entero contrato en el que se incluya la citada cláusula, sino tan sólo su expulsión del negocio jurídico, manteniendo éste su validez, salvo que la citada expulsión contamine de ineficacia todo el negocio jurídico, por no poder éste sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Además, la declaración de ineficacia derivada de la abusividad de una cláusula contractual no encuentra su fundamento en la ausencia de alguno de los elementos esenciales o estructurales de todo negocio jurídico (tratándose de un contrato, conforme al artículo 1.261 del CC: (i) consentimiento de los contratantes, (ii) objeto cierto que sea materia del contrato; y (iii) causa de la obligación que se establezca). En efecto, en el caso de una cláusula abusiva, el negocio jurídico nace válido bajo el tamiz del artículo 1.261 del CC, y si se declara la nulidad, no lo es del entero negocio jurídico que documenta el contrato, sino de una cláusula en concreto. Es decir, la abusividad de una cláusula contractual conlleva la declaración de su nulidad, no porque afecte al negocio jurídico conformado por el conjunto de las cláusulas contractuales, sino porque, a través del señalado intervencionismo estatal impuesto por la Directiva 93/13, el legislador comunitario ha querido otorgar una sobreprotección al consumidor, ocupante de una posición débil en la contratación adhesiva o en masa, reequilibrando la desigualdad negociadora en las que se encuentran las partes contractuales, mediante la expulsión del negocio jurídico de todas aquellas cláusulas contractuales denotativas del mencionado desequilibrio. Pero el legislador comunitario no quiere eliminar el negocio jurídico que une al consumidor con el predisponente, salvo que éste no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula. Esta es la razón por la que la declaración de nulidad lo es de una cláusula contractual, y no del contrato entero.

14. Definida así la ineficacia diseñada por el legislador comunitario, no podemos acudir a la categoría tradicional de la ineficacia contractual, que distinguía entre la nulidad total o de pleno derecho, y la nulidad relativa o anulabilidad. En el caso de la nulidad diseñada por la Directiva 93/13, ésta más que ser hábil para imbuirse en el concepto de invalidez (cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud)), puede incluirse de lleno en el concepto de ineficacia en sentido estricto (cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias extrínsecas, incluso por un no querer de las partes). De esta manera, si comprendemos la sutil diferencia entre invalidez contractual e ineficacia en sentido estricto, podremos entender la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando al exponer el carácter retroactivo o irretroactivo de la declaración de nulidad de la denominada „cláusula suelo“, afirma que estas cláusulas son lícitas (por cuanto que son válidas, al no sufrir vicio estructural alguno), si bien deben ser

expulsadas del clausulado por ser nulas por abusivas. Recordemos que la citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 señala claramente que „*Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas*".

15. Es más, al no estar dentro de la categoría de ineficacia contractual en sentido estricto, tampoco podemos encajar la declaración de nulidad de una cláusula contractual en las categorías previstas en el artículo 1.300 del CC (nulidad y anulabilidad), ya que éstas hacen referencia a una ineficacia que proviene desde dentro del negocio jurídico, cuando, como he señalado, la nulidad preconizada por la Directiva 93/13 viene impuesta a un negocio intrínsecamente válido. En este sentido, podemos recordar las categorías defendidas por De Castro de ineficacia estructural (la ineficacia nace con el negocio jurídico) y de ineficacia funcional (la ineficacia que resulta de circunstancias sobrevenidas). La ineficacia propugnada por el legislador comunitario es la ineficacia funcional a la que se refería De Castro, pues la expulsión del negocio jurídico de una cláusula contractual obedece a la decidida voluntad del legislador comunitario de reestablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación adhesiva o en masa.

16. De esta forma, la „nulidad de pleno derecho" con que sanciona el artículo 8.1 de la LCGC (precepto que hace innecesario discutir la naturaleza de consumidor o no de la parte demandante) las cláusulas abusivas no es propiamente una ineficacia estructural, sino una ineficacia funcional. Y si entendemos esta naturaleza, podremos entender la controvertida declaración de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 respecto de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo, ya que no podemos acudir, como hacen las sentencias críticas con esta declaración del TS, al régimen legal del artículo 1.303 del CC, pues es un precepto definidor de los efectos de la nulidad estructural, que no funcional. En este sentido, la nulidad funcional, como se desprende de la STJUE de 30 de abril de 2014, da lugar a la eliminación de la cláusula y a la subsistencia del contrato sin la referida cláusula, sin modificaciones ni integraciones, o a la integración conforme al ordenamiento jurídico si la cláusula eliminada afecta a un elemento esencial del contrato y éste no puede subsistir sin la cláusula citada. En el caso presente, no estamos, considerada la cláusula en genérico, ante un elemento esencial del contrato, ya que la cláusula de vencimiento anticipado no define lo que es propio del contrato de préstamo, mas si atendemos a la razón de la declaración de nulidad (la sujeción de la vigencia del contrato a unas condiciones de pago del precio no contempladas en el Convenio Colectivo, estipulación contraria a la prohibición del artículo 1.256 del CC), sí que podemos afirmar que afecta a un elemento esencial, cual es el índice de referencia a aplicar, y por ende, el tipo de interés a aplicar. En este caso, conforme a la doctrina de la STJUE de 30 de abril de 2014, dado que el contrato no puede subsistir sin la citada cláusula, es por lo que debe integrarse conforme a la normativa contractual. Y dado que en el propio contrato se recoge un índice de referencia pactado (cláusula 3 bis) y éste se ha demostrado que es el normal del mercado, cumple la previsión del artículo 62.12.3º del Convenio Colectivo, y permite mantener vivo el contrato.

17. Ahora bien, el efecto de la eliminación de la citada cláusula es el de que quien se ha enriquecido en virtud de la aplicación de una cláusula declarada nula, devuelva las cantidades obtenidas en virtud de esta defectuosa aplicación. Es decir, no estamos ante un efecto restitutorio propio de la nulidad contractual que conlleva la resolución contractual conforme al tanta veces mal invocado artículo 1.303 del CC, sino ante un efecto devolutivo propio del enriquecimiento sin causa de quien ha recibido una cantidad en virtud de una cláusula que nunca debió regir en el contrato, por aplicación de la normativa comunitaria. Es por eso que debamos acudir a la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, pues allí se contienen una serie de factores que permiten desactivar el efecto devolutivo propio de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contractual.

18. Dicho lo anterior, la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 utiliza los factores recogidos en la STJUE de 31 de marzo de 2013 (caso RWE Vertrieb AG) para proclamar que el efecto devolutivo derivado de la declaración de nulidad no debe surtir efectos. Y entre estos factores están el grave trastorno económico que puede producir para la economía la eliminación masiva de estas cláusulas con su efecto devolutivo, pero fundamentalmente la utilización de estas cláusulas por el círculo de afectados conforme a la buena fe. En el caso presente no podemos afirmar que la entidad demandada utilizó de buena fe esta cláusula, pues contravino lo estipulado en el Convenio Colectivo, arbitrando una estipulación contraria a su espíritu y al del artículo 1.256 del CC. Y la cuantía a devolver únicamente puede calcularse mediante la diferencia entre las cantidades indebidamente cobradas y las que deberían haber cobrado la entidad demandada.

19. Toda la argumentación anterior nos lleva a estimar íntegramente la demanda.

CUARTO.- Intereses legales.

20. De conformidad con los artículos 1.100 y 1.108 del CC, las cantidades adeudadas, habida cuenta de la reclamación extrajudicial, devengarán el interés legal desde sus respectivos abonos hasta la fecha de la presente sentencia, y el interés procesal del artículo 576 de la LEC, desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago de las cantidades adeudadas.

QUINTO.- Costas procesales.

21. De conformidad con el artículo 394 de la LEC, en caso de estimación íntegra de la demanda, se impondrán las costas procesales a la parte demandada, salvo que concurran serias dudas de hecho o de derecho que aconsejen su no imposición. En el caso presente, la estimación íntegra de la demanda tiene su base en la incapacidad de la parte demandada de hacer valer sus argumentaciones jurídicas, en vez de en la existencia de serias dudas de derecho, por lo que procede la imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Visto lo anterior,

FALLO

Que con ESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña xxxxxxxxxxxxxx, en nombre y representación de don xxxxxxxxxxxxxx, contra la entidad mercantil Bankia, S.A., debo:

1) DECLARAR Y DECLARO la nulidad de pleno derecho de la cláusula 6ª bis „ Resolución Anticipada por la entidad de crédito“, en cuanto a sus apartados g) y h), de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de noviembre de 2005 suscrita entre las partes, por infracción de normas prohibitivas e imperativas y por tener carácter abusivo.

2) CONDENAR Y CONDENO a la entidad mercantil Bankia, S.A. a eliminar dichos apartados de la cláusula 6ª bis del contrato.

3) CONDENAR Y CONDENO a la entidad mercantil Bankia, S.A. a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el pactado en la cláusula 3ª bis, desde la fecha de aplicación del índice CECA, así como en el periodo de aplicación del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios del Conjunto de Entidades, aplicado por sustitución.

4) CONDENAR Y CONDENO a la entidad mercantil Bankia, S.A. a devolver a don xxxxxxxxxxxxx la cantidad resultante del exceso de intereses cobrado en virtud de la cláusula nula, más los intereses explicitados en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades.

Todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte demandada, la entidad mercantil Bankia, S.A.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación. De conformidad con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, la interposición del recurso de apelación, en el caso de la entidad demandada, exige el pago de la tasa judicial de 800 euros más la cantidad variable que resulte de multiplicar 0,5 a la cantidad objeto del pleito.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo

pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el magistrado-juez don Leandro Blanco García-Lomas, mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha el Juzgado de lo Mercantil Único de Almería, de lo que como Secretaria certifico.