

Sentencia nº 144/17 de 11/05/2017 de AP Alicante nº de Recurso 37/2017 (entidad demandada: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) (Índice declarado nulo: IRPH Entidades/Bancos).

"(...)

En la escritura pública de préstamo hipotecario que nos ocupa se advierte de que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la entidad demandada y de la existencia de condiciones generales de la contratación. La demandada mantiene que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales de la contratación por cuanto han sido negociadas individualmente. Sin embargo, no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Sin que de la documentación aportada e incumbiéndole la prueba conste que el cliente- parte actora y la entidad financiera tuvieran algún tipo de negociación; oferta, contraoferta o petición del consumidor, consulta al departamento competente de la entidad, respuesta aceptando o rechazando las condiciones propuestas por el consumidor, correos electrónicos, intercambio de correspondencia en una efectiva negociación. Por tanto, al margen del análisis de la transparencia no puede cuestionarse que las concretas cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, predispuestas e impuestas en una oferta que el cliente se limita a aceptar.

En conclusión, resulta plenamente aplicable la ley de condiciones generales de la contratación (LA LEY 1490/1998) y las cláusulas cuestionadas se someten al doble control de transparencia (control de inclusión y control de comprensibilidad real) propio de la contratación con consumidores

(...)

En cuanto a los efectos la jurisprudencia comunitaria es muy clara, así a STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57: "El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, 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". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, 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 ya que la mencionada facultad debilitaría 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". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 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 contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".