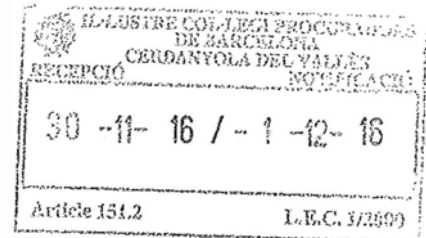




**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1
CERDANYOLA DEL VALLÈS
Procedimiento Ordinario 714/2015**

SENTENCIA



En Cerdanyola del Vallès, a 28 de noviembre de 2016.

Vistos por mí, Juan Manuel Sánchez Freyre, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Cerdanyola del Vallès y su partido los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número indicado a instancia de ..., representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Rosario Alcoba Estévez y asistidos de la Letrada doña Andrea Guilabert Kaje, contra CATALUNYA BANC S. A., representada por la Procuradora doña Maria Dolors Ribas Mercader y asistida del Letrado don Manuel Ledesma García, dicto la presente sentencia en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de noviembre de 2015 la Procuradora citada, en la representación expresada de la parte actora, interpuso demanda de procedimiento ordinario contra el banco demandado en la que solicitaba declaración judicial de nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con condena a la demandada a eliminarla por considerarla abusiva, reintegrándose las cantidades percibidas en su aplicación y subsidiariamente la aplicación de otro índice para la actualización del tipo de interés.

SEGUNDO.- Comprobada por este tribunal su competencia, así como la concurrencia de los requisitos formales dispuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se admitió a trámite la demanda el día 27 de noviembre de 2015 mediante el correspondiente Decreto, emplazándose a la parte demandada, que formuló contestación el día 30 de diciembre de 2015 interesando la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO.- Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa, la misma tuvo lugar el día 20 de abril de 2016 en la sala de vistas de este Juzgado en la que se fijaron los hechos controvertidos y sobre los mismos,



Administració de Justícia de Catalunya – Administració de Justícia en Catalunya



ambas partes propusieron la prueba que consideraron necesaria para acreditar los hechos sobre los que sustentar sus respectivas pretensiones, procediéndose a admitir la que se consideró útil y pertinente, señalándose para la celebración del juicio para el día 28 de septiembre de 2016.

CUARTO.- En la citada fecha se celebró el juicio, con la asistencia de ambas partes, la demandante asistida de la Letrada doña María Rosario López Ambel, procediéndose a la práctica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos, esto es, el interrogatorio de la demandante y de la testigo I, formulando las partes acto seguido sus conclusiones orales sobre los hechos controvertidos y el resultado de las pruebas practicadas en dicho acto, tal como se refleja en la grabación realizada al efecto, quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Se hace constar que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda se ejercita una acción de nulidad de una cláusula incluida como tercera bis en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes el día 2 de noviembre de 2005, otorgado por un profesional, una entidad bancaria, y un consumidor, no habiéndose suscitado controversia en cuanto a la condición de una y otra parte.

En dicha cláusula se determina el tipo de interés variable aplicable al préstamo referenciándolo al *"Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros"*, substituyéndose, en su caso, por el *"Tipo Activo de referencia de las cajas de ahorro-Indicador CECA tipo Activo"*.

La parte actora postula que se declare nula la cláusula por abusiva, sin su aplicación por tanto, debiendo reintegrarse la totalidad de las cantidades percibidas con la aplicación de dicho interés remuneratorio desde el momento de la firma del contrato, manteniéndose el contrato de préstamo sin interés por tratarse, a su juicio, de un contrato gratuito (art. 1755 CC) y subsidiariamente, inaplicación del índice IRPH y la aplicación del euribor sin diferencial desde el momento de aplicación del interés variable.

La entidad bancaria demandada se opone a la declaración de nulidad y postula el mantenimiento de la cláusula denunciada, negándose a la calificación de contrato gratuito del préstamo, pidiendo la desestimación íntegra de la demanda.

SEGUNDO.- Al respecto es aplicable el art. 8 LCGC, que prevé lo siguiente: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las



Administración de Justicia en Cataluña

Ibérica
abogados



condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 10 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.” y en consecuencia la previsión contenida en el art. 6.3 CC que sanciona con nulidad de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, como lo son las recogidas en la ley de defensa de los consumidores citada.

Asimismo, el art. 9 establece que “1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. 3. El Juez competente será el del domicilio del demandante.” Finalmente, el art. 10 dispone que “1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

Las cláusulas por las que se fija el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria son las condiciones generales de la contratación que se incorporan de manera generalizada por las entidades de crédito que vienen a establecer el interés de aplicación basándose en los datos que facilitan las cajas o, en su caso, bancos, respecto a los préstamos que conceden. Dichas cláusulas son legales, siempre y cuando se den las siguientes circunstancias:

- 1º) Que hayan sido pactadas y firmadas por las dos partes intervinientes en el contrato.
- 2º) Que concurren los principios de transparencia, proporcionalidad y reciprocidad.
- 3º) Que sean concretas, claras y sencillas en su redacción.
- 4º) Que se haya respetado el principio de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Siguiendo la STS de 09/05/2013, la circunstancia de que una cláusula constituya el elemento esencial del contrato no excluye su carácter de condición general predisuelta por una de las partes. En segundo término, la circunstancia de que sea transparente su inclusión en el contrato tampoco excluye el carácter de condición general de la contratación puesto que constituye un requisito para su incorporación, ya que faltando éste o la aceptación por la otra parte



Administración de Justicia en Cataluña

Ibérica
abogados

contratante, carecería de eficacia obligacional. Frente a todo ello lo que califica una cláusula como condición general de la contratación es que sea predispuesta, esto es, pre-redactada, impuesta por el empresario al adherente como requisito necesario para la obtención del bien o servicio sobre el que versa el contrato y que se encuentre incorporada o esté destinada a su incorporación a una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2013 ha establecido que *"La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario"*.

La cuestión estriba si la cláusula fue impuesta por la entidad financiera o aceptada libremente por el prestatario como parte del precio (interés) del préstamo. Hay que tener en cuenta que dicha cláusula está dentro del segundo período del interés, siendo el primer período de interés fijo. Mientras en STS de 12/11/2014 (Rollo 410/2013), el fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida). Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30/04/2014 , apart. 73, y STJUE de 21/03/2013, C-92/11, apart. 49).

Pues bien, no ha quedado acreditado que la cláusula objeto de autos fuera negociada individualmente con la actora y, en consecuencia, que no fuera impuesta por la entidad de crédito, al estar predispuesta para su inclusión en multitud de contratos. Recordemos que la carga de la prueba recae sobre el empresario (la Directiva 93/2013, en su art. 3.2,3 y fundamentos 160 a 165 de la STS de Pleno 09/05/2013), por lo que debe concluirse que constituye una auténtica condición general de la contratación.

TERCERO.- Como afirma la doctrina científica al comentar el equivalente al actual art. 82 y 87 TRLGCU la reciprocidad que contempla la norma y cuya falta determina la calificación de abusiva es una reciprocidad obligacional o causal, no económica, de forma que se ha de examinar si a ambas partes se les atribuye los mismos derechos y obligaciones, no si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes. Así se deduce del catálogo ejemplificativo del art 87 TRLGDCU que enumera cláusulas "negras" por no atribuir los mismos derechos a las partes, reservándose al predisponente facultades negadas al adherente o resarcimientos de servicios o consumos no realizados, pero no fundan el reproche de abusividad en la no proporción económica de las prestaciones.

El TS en su sentencia de Pleno de 13/05/2013 ha establecido respecto a



Administració d'Justícia - Departament d'Justícia en Catalúnia

Ibérica
abogados

las condiciones generales de la contratación relativas a la cláusula suelo que "Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato" y si bien"... esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio"(apartados 189 y 195), para concluir afirmando su licitud en los términos siguientes: "256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso".

En síntesis, las cláusulas por las que se fija el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, por lo que no cabe el control de su equilibrio, sin que conste la mala fe de la demandada.



Administració de Justícia - Catalunya - Administració de Justícia en Catalúnia

Ibérica
abogados

Para analizar las reglas de la transparencia, debemos estar a lo recogido artículo 5 de la Directiva 1993/13/CEE, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TRLGDCU Como se ha dicho el TS señala en su sentencia de 09/05/2013 respecto a las condiciones generales de la contratación relativas a la cláusula suelo que dicho tipo de cláusula son en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría. Así, corresponde a la libre iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. De manera que el cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo.

Establece el TS en la sentencia citada (apartado 215) que *".. el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato."*

Si bien la STS del Pleno de 09/05/2013 se refiere a un doble control de transparencia: a) Las premisas del primer control de transparencia -inclusión- se satisfacen, como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, en el caso de las cláusulas suelo, siempre que se dé cumplimiento en los procesos de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores las previsiones de la normativa sectorial (OM de 5 de mayo de 1994), ya que ésta garantiza razonablemente tales premisas. Pero con eso sólo se supera el filtro de inclusión. Ello no es suficiente, pues además ha de superar el filtro de claridad exigible en los contratos con consumidores. B) Para efectuar el segundo control de transparencia, el Tribunal Supremo nos señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas.

Se supera el doble control de transparencia en la STS del Pleno de 08/09/2014, centrándose en la transparencia real: *"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*



Administració de Justícia de Catalunya - Administración de Justicia en Cataluña

Ibérica
abogados

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).

7. Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera " transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula



contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Reitera la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, en FJ 14º.3, que "... las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio" que recuerda la doctrina del TJUE, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, sobre esta cuestión.

Por otro lado, la más reciente STJUE de 23/04/2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

En el presente caso, los actores otorgaron escritura de préstamo con garantía hipotecaria en la que se contempla como cláusula tercera bis la aplicación de un tipo de interés variable denominado "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" con un diferencial de 0,25%.

Dicha cláusula no identifica claramente el tipo de interés. Además no



Administració d'Justícia en Catalonha

Ibérica
abogados

consta, como dice el Tribunal Supremo, que el consumidor haya podido *"...comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado"*, pues no se ha aportado por la demandada, a quien corresponde la carga de la prueba de que la negociación se produjo (art. 82.2 RDL 1/2007), sin que se haya acreditado que se ofertara al cliente el mismo préstamo referenciado a Euribor con un diferencial mayor, de modo que éste pudiera escoger entre una u otra clase de índice. Tampoco hay prueba de que, como ha señalado el Tribunal Supremo, el consumidor haya podido *"...hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato..."*. No aporta la entidad bancaria la información que hubiera podido suministrar al cliente sobre el modo en que se comportaban los diferentes índices que pudiera estar ofertando en relación al capital prestado, para que el consumidor pudiera conocer de forma efectiva las distintas consecuencias económicas que acarrearía optar por uno u otro tipo de referencia, existiendo varios índices utilizables, la entidad incorpora, sin explicar al cliente las razones, el IRPH Cajas ni el de Conjunto de Entidades, ni MIBOR.

La omisión de información sobre el particular supone una incorporación no transparente del índice, que trae consigo la consideración de abusiva de la mencionada condición general y, por ende, su nulidad.

CUARTO.- Declarada la nulidad de la cláusula objeto de autos y habida cuenta que el art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare la nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente y el art. 10 LCGC prevé que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato, supone, por el contrario la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CC obligaría a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por la actora.

Dicha restitución ha sido matizada por STS del Pleno de 25/03/2015, señalando expresamente que la doctrina emanada de la misma es aplicable tanto a las acciones colectivas como individuales (fundamento jurídico 7º) y concluye que: *"(...) a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada"*.

Así, se fija como doctrina la limitación de la retroactividad de la declaración de nulidad (ex tunc) por razones de seguridad jurídica: *"Que cuando*



en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ", si bien el Voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz, concluye: "Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. 763/2013) (...)."

Por otro lado, posteriormente, mediante auto de 12/04/2016, se acordó por la Sala 1º del TS la suspensión de la resolución consecuencia de la relación con la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-154/15, en el sentido: *"pues en el recurso se solicita la aplicación de la doctrina de esta Sala sobre efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, interpretación que está siendo cuestionada a la luz de la normativa comunitaria ante el TJUE"*.

El principio de no vinculación al consumidor de cláusulas abusivas que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, indica "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas", impide igualmente su reducción o moderación y así se ha pronunciado toda la jurisprudencia del TJUE la integración de cláusulas abusivas (STJUE 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto , 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, 21 enero 2015, C- 482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank, entre otras).

Teniendo en cuenta que tras la adhesión Reino España a la UE (Acta 12/06/1985) se cedió parte de soberanía a favor de la Unión y que conforme el art. 4 bis LOPJ y la STC 232/15, de 5 noviembre, existe una primacía del derecho de la Unión Europea y que el Juez debe aplicar la interpretación del TJUE (STJUE 05/04/16, C-689/13), teniendo en cuentas los antecedentes arriba señalados, de conformidad con la Jurisprudencia del TJUE considero que la nulidad debe alcanzar los plenos efectos restitutorios o devolutivos previstos en el art. 1303 CC, habida cuenta que se ha resuelto sobre una acción individual y que su resolución no afecta a derechos de terceros ni perjudica al consumidor, lo



Administració de Justícia a Catalunya – Administración de Justicia en Cataluña



que obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por la actora lo que conduce a la declaración de la obligación de restitución por el banco del importe total cobrado al aplicar dicha cláusula. Ahora bien, nos encontramos con dos panoramas: los efectos que ya desplegó la cláusula y aquellos que desplegará en el futuro.

A pesar de que, de forma reiterada el TJUE ha resuelto que el principio no vinculación, si es abusivo no puede producir ningún efecto ni integrarse (entre muchas otras resoluciones: ATJUE 11-6-15, C-602/13). El TJUE admite la sustitución si se obtiene objetivo art. 6.1 Directiva, pero limitado a los casos en que la anulación representa para el consumidor una penalización, muy ilustrativa es la STJUE 21-1-15 Unicaja: *"28. En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 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 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, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, CEU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, CEU:C:2013:341, apartado 57).*

29 En particular, la citada disposición 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 éste de la referida cláusula (sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito, EU:C:2013:341, apartado 59).

30 Asimismo, habida cuenta de 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, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai, CEU:C:2014:282, apartado 78).

31 De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el 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,



en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79).

32 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional 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 (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 77).

33 Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84)."

El apartado 1 del art .6 de la Directiva 93/13, dice así: "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

Pues bien, de la interpretación de la Directiva por el TJUE se deduce que lo que pretende la legislación comunitaria es la protección del consumidor y la penalización del empresario que haya obviado la normativa comunitaria introduciendo una cláusula nula, mas permite la sustitución de dicha cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho nacional siempre que dicha sustitución permita restablecer el equilibrio de real entre los contratantes, es decir la norma supletoria que suple la voluntad de los contratantes.

Por otro lado, el art. 10 de la LCGC dice así: "1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la



nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

Aplicando la doctrina de la conversión que se produce cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente, por reunir los requisitos sustanciales y de forma de este segundo negocio que se reputa válido y por satisfacer el interés perseguido por las partes, debemos considerar que la conversión de la cláusula nula sólo lo será a partir de la declaración de la sentencia por la que se ha aplicado una norma supletoria con el fin de convertir un negocio nulo -por derivarse la nulidad del art. 1261 Cc, según el cual: no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1) consentimiento de los contratantes, 2) objeto cierto que sea materia del contrato y 3) causa de la obligación que se establezca- en un negocio válido, lo que nos lleva a concluir que la cláusula que era nula no puede tener efectos, más las cuotas futuras son la consecuencia de la conversión del interés remuneratorio, efectos que sólo pueden serlo después de su conversión.

QUINTO.- Por los que se refiere a los intereses de demora en los préstamos con garantía hipotecaria la STS de 18/02/2016 se remite a la sentencia de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre, concluyendo: “(...) *el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.*”

Dicha resolución contiene un Voto particular (Sr. Orduña Moreno) en cuyo fundamento 3º el Magistrado disidente razona lo siguiente: “*Consecuentemente, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 , que la presente sentencia cita, pero desvirtúa en el fondo, sólo autoriza que pueda operarse excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva, por una disposición supletoria de Derecho nacional (caso del artículo 693.2 LEC), cuando dicha integración, conforme a la finalidad y al efecto disuasorio perseguidos por la Directiva 93/13, y afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de éste sólo en beneficio de los intereses del consumidor adherente. En términos de la propia sentencia citada del TJUE, apartado 83: “En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (restitución del capital prestado), de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse”.*

Como se observa fácilmente, planteamiento completamente opuesto a la



Administració de Justícia - Departament de Justícia en Catalúnia

Ibérica
abogados

integración que realiza la sentencia de esta Sala en el presente caso, en donde dicha integración, sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la aplicación del artículo 693.2 LEC, sólo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria. Pues el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, hipótesis que valoraba la citada sentencia del TJUE, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado."

Pues bien, el principio de no vinculación al consumidor de cláusulas abusivas que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuanto indica " Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas", impide igualmente su reducción o moderación y así se ha pronunciado toda la jurisprudencia del TJUE la integración de cláusulas abusivas (STJUE 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto , 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, 21 enero 2015, C- 482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank, entre otras).

Teniendo en cuenta que la adhesión del Reino España a la UE (Acta 12/06/1985) supuso la cesión de parte de su soberanía a la Unión y que conforme el art. 4 bis LOPJ y la STC 232/15, de 5 noviembre, existe una primacía del derecho comunitario por lo que el Juez debe aplicar la interpretación del TJUE (STJUE 05/04/16, C-689/13), vistos los antecedentes arriba señalados, de conformidad con la Jurisprudencia del TJUE, debo declarar la abusividad de la cláusula y que no cabe ningún interés de demora, sobre ningún concepto, sin que sea óbice, en su caso, el que no se hubiera usado esa facultad, pues como indica el ATJUE 11 junio 2015, C-602/13, "la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula ".

SEXTO.- Al haber sido estimada la demanda y por tanto prosperado la acción individual debe aplicarse lo establecido en el art. 22 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, por lo que el Letrado de la Administración deberá dirigir mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

SÉPTIMO.- La parte condenada deberá abonar, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.100 y 1.108 CC y el art. 576 LEC el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda y el de mora procesal desde la de



Administració Judicial de Catalunya – Administració de Justícia en Catalunya





notificación de esta sentencia, consistente en el legal más dos puntos.

OCTAVO.- En lo que se refiere a costas, el principio de vencimiento plasmado en el art. 394 LEC, impone la condena a quien haya visto rechazadas todas sus pretensiones, en este caso, la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por (
contra CATALUNYA BANC S. A. y
DECLARÓ NULA por abusiva la cláusula tercera bis contenida en el contrato de préstamo suscrito entre las partes el día 2 de noviembre de 2005, que establece el índice de referencia para el interés variable a aplicar, declarando la subsistencia del contrato y **CONDENO** a la demandada a la restitución de las sumas percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula declarada nula, con más los intereses, con condena en costas a la entidad demandada.

La entidad demandada deberá proceder a liquidar nuevamente el préstamo el IRPH con inaplicación de la cláusula IRPH y calculando el crédito hipotecario al Euribor más el 0,25 % un punto y condeno a la entidad demandada a la devolución a los actores de la cantidad resultante de la liquidación más los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

Firme que sea esta sentencia, dirijase por lo que el Letrado de la Administración mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la presente sentencia en el mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para ser resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se deducirá testimonio y llevará al original al Libro de los de su clase, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- En el día de la fecha, la Juez que suscribe la presente resolución, ha procedido a publicarla mediante íntegra lectura, constituido en audiencia pública, de lo que yo, el Secretaria Judicial, Doy Fe.



Administración de Justicia en Cataluña

