



Roj: **SJPI 603/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:603**

Id Cendoj: **08096420062016100002**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Granollers**

Sección: **6**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **932/2016**

Nº de Resolución: **410/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ROSA MARIA BROBIA VARONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de Primera Instancia nº 6 de **Granollers** Procedimiento Ordinario nº 932/2016

SENTENCIA N° 410/20166

En **Granollers**, a 21 de diciembre de 2016

Vistos por Rosa María Brobia Varona, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de **Granollers**, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO número 932/2016, seguidos ante este Juzgado, entre partes: de una, como demandante Manuela representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Nieto. Como demandada CATALUNYA BANC S.A., representada por el Procurador Sr. Daví Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Manuela representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Nieto interpuso demanda de Juicio Ordinario contra la entidad CATALUNYA BANC S.A. en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que:

1. Se declare la nulidad de la cláusula suelo incluida en la estipulación tercera párrafo 3ºbis del contrato préstamo hipotecario de fecha 9/06/2010 (pag. 21), en la cual se establece un límite a las revisiones de tipos de interés nominal anual de un mínimo aplicable del 3,5% y un máximo de 15%, manteniendo el resto del contrato.
2. Se condene a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso en concepto de intereses indebidamente aplicados desde la fecha de contratación hasta que se deje de aplicar.
- 3.- Se declare nula la cláusula de gastos a cargo del prestatario (pag. 24 y 25) en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 9/06/2010, relativo a gastos de la intervención notarial, registral, pago de impuestos, y gastos por reclamación judicial o extrajudicial del préstamo hipotecario, con pronunciamiento de que debe ser la demandada la que se haga cargo de estos gastos.
- 4.- Declare la nulidad de la cláusula 6 bis de resolución y vencimiento anticipado (pag. 27) de la escritura de préstamo hipotecario de 9/06/2010, en la que se establece que la entidad bancaria tenía la facultad de resolver el contrato de préstamo y exigir la totalidad del capital pendiente de devolución en caso de impago de una sola cuota sin más consideraciones.
- 5.- Se condene a Catalunya Banc a indemnizar a la actora en la cantidad de 3.371,54€ por los gastos notariales, registrales, honorarios de gestoría e impuestos vinculados al otorgamiento de esta escritura de préstamo hipotecario, más los intereses hasta el completo pago.
- 6.- Condene a la demandada al pago de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por Decreto se emplazó a la demandada, quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la contraria, alegando cosa juzgada, solicitando se considere nula la cláusula, y se desestime el resto de peticiones, absolviendo de pago alguno, excepto en todo caso desde la



sentencia de 9 de mayo de 2013 hasta el completo cese de la cláusula, con costas condena en costas a la actora.

TERCERO.- Se citó a las parte a Audiencia Previa el 19/12/2016. En la Audiencia Previa, se puso de manifiesto que no habían podido llegar a un acuerdo por lo que se pasó a la celebración de la misma delimitando los hechos litigiosos. Las partes propusieron prueba consistente: La actora la documental por reproducida y la demandada: documental por reproducida, más documental (ésta última finalmente se renunció a ella). La demandada propuso interrogatorio de la actora (renunciando finalmente al mismo) y documental aportado con su contestación por reproducida. Al proponer únicamente prueba documental la causa quedó vista para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercita por la actora una acción individual de nulidad de la condición general de la contratación incluida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada el 9/06/2010, entre Catalunya Banc S.A., como prestamista, y la Sra. Manuela , como prestataria hipotecante, y en virtud de la cual la entidad financiera prestó a la demandante la cantidad de 160.000€, a interés variable y a devolver en 420 cuotas mensuales, en las condiciones que se recogen en el contrato.

Más concretamente, la actora interesa la nulidad, por abusiva, de la cláusula tercera bis (pag. 21) "...en ningún caso el tipo de interés que resulte por aplicación de esta cláusula podrá ser inferior al 3,5%, ni superior al 15%".

Ejercita la actora así mismo acción de devolución de las cantidades indebidamente cobradas de más, por la aplicación de la citada cláusula como consecuencia de los efectos inherentes a la declaración de nulidad. Pidiendo su devolución desde la fecha del contrato.

SEGUNDO.- La entidad demandada opone en primer lugar la excepción de cosa juzgada en virtud de la sentencia de 7 de abril de 2016 dictada por el juzgado Mercantil de Madrid que declaró la nulidad de las cláusulas y a devolver las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la TS de 9 de mayo de 2013 .

Añade que cuando se interpuso la demanda hacía tiempo que la cláusula había dejado de ser aplicada y había sido eliminada por la demandada de sus contratos. Alega que a partir de julio de 2015 Catalunya Banc (ahora BBVA) dejó de forma unilateral de aplicarla unilateralmente en todos sus contratos.

Alega la demandada que con el efecto previsto en el art. 222.1 de la LEC , y para impedir un nuevo proceso con idéntico objeto debe entenderse ya resulta la cuestión de nulidad de la cláusula.

TERCERO.- En cuanto a la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales en procesos incoados en virtud del ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, o de cualesquiera otros legitimados, es una cuestión polémica tanto en lo que se refiere a la eficacia de la sentencia respecto a otros consumidores que no intervinieron en el procedimiento y que pudieran resultar afectados por las cláusulas discutidas o con relación a otros contratos celebrados por las entidades que fueron parte en el pleito o por otras que no fueron parte pero que utilizan cláusulas análogas a las que fueron declaradas nulas.

Precisamente, para evitar las dudas que sobre la eficacia respecto de terceros pudiera suscitar la declaración de nulidad de una cláusula contractual, el art. 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al Tribunal para determinar si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente o, por el contrario, los efectos de limitan a quienes fueron parte en el concreto proceso.

En relación al supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo Tribunal Supremo en la sentencia de Sala 1ª Pleno, S 9-5-2013, nº 241/2013, rec. 485/2012 . Pte: Gimeno-Bayón Cobos, Rafael, aborda de manera expresa el problema en el fundamento de derecho décimo noveno y lo resuelve en los siguientes términos:

"298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 , la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC -"La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes



conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley "-y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente ".

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos."

Es cierto que la sentencia citada por la demandada, se dictaba en un procedimiento verbal sobre condiciones generales de la contratación y acción de cesación de cláusulas abusivas insertas en préstamos hipotecarios y otros contratos bancarios promovido por ADICAE promovido contra varias entidades bancarias y declaraba nulas por abusivas cláusulas idénticas a las que se incluían en el contrato de préstamo de este procedimiento.

Es decir que los efectos de la sentencia se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las "cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos", lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración, y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad.

No estamos, pues, ante un supuesto de litispendencia o tras pronunciarse la sentencia, de cosa juzgada, puesto que la declaración de nulidad no se extiende erga omnes y respecto de cualquier cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés, sino respecto de determinado tipo de cláusulas empleadas por las entidades que se citan (entre ellas, Caixabank de Catalunya después) y que reúnan las características o se hayan incorporado en las circunstancias que se establecen.

Es más, la demandada juega de manera poco clara con los conceptos jurídicos y utiliza los mismos siempre en perjuicio de su cliente, pues si como dice la cuestión ya está resuelta y considera que la cláusula incluida en el presente contrato es nula por efectos de la mencionada sentencia, bien pudo de forma activa dejarla sin efecto, pactando una modificación del contrato con su cliente. Alega que así ha sido pero no ha aportado, extracto alguno bancario en el que se pueda comprobar si en efecto ha dejado de aplicar la cláusula, aportando tan solo unas liquidaciones en los intereses cobrados y los que tendría que haber cobrado, pero desconocemos si dicha liquidación ya la ha practicado. Tampoco aporta comunicación alguna con su cliente en el que le explique estos efectos jurídicos que dice que le afectan.

Pero nada hay más lejos de la realidad, pues de ser así lo que debería haber realizado es un allanamiento parcial de las pretensiones de la parte actora, pero no se allana en nada, opone la cosa juzgada solicitando en todo caso que exista una estimación parcial de la demanda, la retroacción se haga desde la sentencia del TS de 9/05/2013 .

Es más, entiendo que la acción ejecutiva del art. 519 de la LEC , posibilita la extensión de efectos de las sentencias de condena a que se refiere la regla 1 del art. 221 de la LEC , pero no obliga a los interesados a acudir a esa vía. Lo que confirma el propio art. 11 de la LEC que dice "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores..." Es decir, que los perjudicados individuales también pueden ejercitar sus acciones de manera independiente.

Por lo tanto, una cosa es que la doctrina jurisprudencial proveniente del Tribunal Supremo en dicha sentencia de 2013 establezca los requisitos para entender que una cláusula debe ser considerada abusiva y por tanto nula, y otra que esa doctrina vete al demandante para ejercitar su acción y reclamar la devolución de las cantidades que la entidad le haya cobrado de más en aplicación de esa cláusula.

Por todo lo expresado, no ha lugar a la apreciación de la excepción de cosa juzgada que pretende la entidad demandada.

CUARTO.- Examen de la abusividad y nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato.



a) Sobre la consideración de la cláusula impugnada como condición general de la contratación.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insistía en los mismos razonamientos que la STS de 09/05/2013. La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, parágrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-parágrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) 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."

b) Sobre el control de transparencia.

En relación a las cláusulas que establecen límites a la variación del tipo de interés en contratos de préstamo hipotecario a interés variable suscritos por consumidores, en la Sentencia de 09/05/2013 el Tribunal Supremo trató por primera vez el doble control de transparencia, no obstante no ser ninguna novedad el proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios y la consideración de la contratación bajo condiciones generales un modo de contratar diferenciado del paradigma del clásico contrato por negociación.

Posteriormente la Sentencia del TS de 08/09/2014, ratificaba dicho mecanismo de control: "el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

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 mentada 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".

En la reciente Sentencia de 24/03/2015, el Tribunal Supremo , se insiste en la misma idea, en una especie de aclaración de la doctrina ya sentada, incorporando en su argumentación la STJUE de 26/02/2015 y ratificando una vez más el doble control de transparencia al que pueden ser sometidas las cláusulas contractuales predispuestas por el empresario en contratos con consumidores: " Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013 , en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, " conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ». " la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

Es un hecho notorio que las escrituras públicas de préstamos hipotecarios se redactan por el Notario conforme a la minuta preparada, redactada y presentada por la entidad financiera. Se trata por tanto de una cláusula predispuesta por el empresario. A día de hoy constituye igualmente un hecho notorio que al menos determinadas entidades utilizaron durante un tiempo este tipo de cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés en una pluralidad de contratos. La cuestión es si la cláusula impugnada fue objeto de efectiva y verdadera negociación, entendiéndose que negociación, tal y como ha aclarado el TS en Sentencia citada no es equivalente a conocimiento de la cláusula, es decir, dar a conocer al prestatario una determinada cláusula y que éste la acepte no equivale a cláusula negociada. Tampoco el haber ofrecido distintas ofertas al prestatario ni que éste haya podido escoger la oferta de otra entidad. Si lo que el empresario predisponente ofrece un paquete de condiciones que el adherente solo puede aceptar o rechazar en su conjunto pero no puede influir en el contenido o supresión de una cláusula concreta, aisladamente considerada del resto, no podemos hablar de negociación. Y corresponde al empresario predisponente acreditar que esto ha sido así, que el prestatario tuvo posibilidad de negociar de forma efectiva.

La citada sentencia de 23 diciembre de 2015 , en aplicación de la doctrina de la Sala sobre los requisitos de las cláusulas suelo, consideraba que la estipulación incluida en el préstamo hipotecario de la entidad demanda



en aquel procedimiento era es nula por no reunir las exigencias de transparencia aplicables, reiterando los criterios establecidos en la sentencia de 9/05/2013 .

La entidad demandada rechaza la nulidad de la cláusula suelo sin proponer prueba alguna que tratase de acreditar que dicha cláusula se negoció individualmente y se dio suficiente información al cliente sobre su contenido y repercusión. Es más, la misma carece de la transparencia necesaria, se encuentra ubicada en la página 21, sin señalar o subrayar en modo alguno la trascendencia de la misma, estando incluida en el anterior título en mayúsculas "COMUNICACION" referido a la variación de los tipos, pasando totalmente desapercibida en la redacción del contrato. Por lo que es claro que dicha cláusula debe ser declarada nula por abusiva. Estimado de esta manera la primera petición de la demandante. Condenando a la entidad demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable en el presente contrato de préstamo, lo que no ha hecho de manera efectiva hasta la fecha.

QUINTO.- En segundo lugar la actora solicita se condene a la entidad demandada a restituírle las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso desde la fecha de contratación.

El verdadero punto de debate entre las partes son las consecuencias de la declaración de nulidad de dichas cláusulas. El demandante pretende la restitución de la diferencia abonada desde la contratación de los préstamos y la demandada desde la sentencia de 9/05/2013 .

Pues bien, la STS de 09/05/2013 , declaraba en el punto décimo del Fallo que "No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

Con ello, declaraba la mal llamada "irretroactividad" absoluta de la sentencia, lo que determinó que los Juzgados y Tribunales que hacían aplicación automática de dicha doctrina a los juicios en los que se ejercitaba una acción individual de nulidad de las cláusulas suelo, frente a la acción colectiva que se dilucidaba en el asunto resuelto por el TS, determinarían en sus sentencias estimatorias que la entidad financiera solo debía devolver las cantidades que se cobraran en aplicación de la cláusula suelo a partir de la declaración de nulidad. Frente a ello, otros Juzgados y Tribunales, estimando que los argumentos que se empleaban en la Sentencia de 09/05/2014 no eran trasladables directamente a los pleitos en los que se ejercitaban acciones individuales de nulidad, declaraban la plena aplicación del art. 1.303 CC , amparándose en la Jurisprudencia de TJUE y del propio TS en otros casos ajenos a las llamadas cláusula suelo.

Sin embargo, la más reciente Sentencia del TS de 25/03/2015 obligaba a cambiar el planteamiento, tanto de quienes aplicaban la irretroactividad absoluta, como de quienes aplicaban sin limitación alguna el art. 9 LCGC en relación con el art. 1.303 CC .

La referida sentencia, resuelve el recurso de casación planteado por el BBVA contra la Sentencia de 21/11/2013 de la A. P. de Álava, que a su vez desestimaba la apelación contra la Sentencia de este Juzgado de 02/07/2013 . En la indicada sentencia, el TS, aunque reconoce, al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, que en el pleito resuelto por la previa Sentencia de 09/05/2013 la pretensión de restitución de cantidades no se articuló como acción acumulada a la colectiva de cesación que allí se ejercitaba, y en cambio aquí, en la acción individual de nulidad, dicha pretensión se introduce en el objeto del pleito -aunque habría que decir, no como pretensión acumulada, sino consustancial a la pretensión de nulidad-, y por ello, por entender que ello constituye un obstáculo procesal, desestima el recurso, al resolver el recurso de casación, y esto es lo fundamental, asume y reitera el criterio de la "irretroactividad" en el ejercicio de acciones individuales de nulidad, aunque ahora con carácter limitado.

Señala que aunque la regla general en el caso de ineficacia de los contratos, o de algunas de sus cláusulas, es destruir sus consecuencias o restituir las cosas al estado anterior como si la cláusula declarada nula nunca hubiera existido, lo que se traduce en las consecuencias que resultan del art. 1.303 CC , sin embargo, entiende que no obstante la regla general, en aplicación del principio de seguridad jurídica, es posible limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad. Citando la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE, Vertrieb, el TS aplica, en aras a la seguridad jurídica, dos criterios que permiten decidir dicha limitación: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Refuta el argumento de que los "riesgos de trastornos graves" no se pueden predicar en un pleito en el que en ejercicio de una acción individual, las cantidades a restituir al consumidor, resulten irrisorias para la entidad financiera. Sostiene: "La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto". Y en relación a la "buena fe de los círculos interesados", reitera como datos indicativos de la buena fe de las entidades financieras los motivos expresados en el apartado 293 de la Sentencia de 09/05/2013 .



Pero siendo todo ello así, y aclarados los motivos que le llevaron en la aludida Sentencia de 09/05/2013 a declarar la irretroactividad, motivos que asume en esta última sentencia al resolver una acción individual de nulidad, mantiene que a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 09/05/2013 los "círculos interesados" no pueden alegar buena fe, como ignorancia de que la información que se suministraba no cubría las exigencias de transparencia que, dice, fueron definidas en dicha sentencia, con lo que a partir de entonces, las entidades financieras pueden indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con interés variable por ellas concedidos cumplen con tales requisitos de transparencia. Si mantienen dichas cláusulas, no son eliminadas de forma voluntaria por la entidad y se llegan a declarar nulas por falta de transparencia, que no por otros motivos, en sentencias recaídas en procesos promovidos por los prestatarios, deben restituir las cantidades cobradas en aplicación de dichas cláusulas a partir de la publicación de la Sentencia de 09/05/2013 . De ahí la limitación o corrección de la "irretroactividad" absoluta declarada en la primera Sentencia.

Es indudable que con ello el TS ha querido zanjar la controversia de las soluciones dispares que se venían dando por los distintos Juzgados y Audiencias a raíz de la polémica Sentencia de 09/05/2013 , con clara y expresada voluntad unificadora. Así lo dice expresamente en el F. D. Octavo y termina fijando en el punto 4. del Fallo la siguiente doctrina: "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, Re. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015 , Re. 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 .

Ahora bien, en el día de hoy, 21 de diciembre de 2016 se ha publicado la sentencia del TJUE resolviendo la cuestión Prejudicial que se le había planteado, en los asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE , por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015, habiendo resuelto lo siguiente: " El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Es decir, que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la de 25/03/2015 en la que limitaban el efecto de la retroactividad de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo al 9 de mayo de 2013, son contrarias al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debiendo, una vez declarada la nulidad de dicha cláusula por abusiva restituir al cliente los intereses cobrados en exceso en aplicación de dicha cláusula, desde la celebración del contrato.

Doctrina emanada de Europa que debe ser aplicada en los estados miembros de manera directa y que corrige la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, todo ello según regula el 4 bis de la LOPJ en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."

En consecuencia, al declarar nula la cláusula suelo impugnada en este pleito por déficit de transparencia y en aplicación de las tesis de la sentencia del más alto tribunal en cuanto a su nulidad por abusividad, la entidad demandada debe restituir a la prestataria las cantidades cobradas en exceso en concepto de intereses ordinarios en aplicación de la cláusula suelo del 3,5% nominal anual en el contrato de 9/10/2010, respecto de lo que tendría que haber sido de aplicarse estrictamente el interés pactado. Todo ello desde el 9/06/2010 fecha de formalización en la escritura de préstamo hipotecario hasta la fecha en la que se deje de aplicar dicha cláusula.

La consecuencia de la nulidad se limita a la restitución de los intereses cobrados conforme a lo explicado sin que quepa una condena adicional al recálculo del cuadro histórico de amortización, tal y como viene estimando la AP de Álava, entre otras muchas Audiencias, en S. de 18.05.2015, y ello porque devueltas dichas cantidades, las mismas no pueden ser tenidas como parte de capital abonado, por lo que el cuadro de amortización histórico no tiene porqué alterarse con la efectiva supresión de la cláusula.



SEXTO.- Introdujo la demandada en la Audiencia Previa otra cuestión. Que la cuantía del procedimiento como indeterminada era errónea, puesto que se podía cuantificar. Cuestión que se resolvió en la Audiencia desestimando dicha alegación. No obstante añadir, a este respecto que, el hecho de que art. 219 de la LEC no permita que la cuantía de la condena se posponga al momento de ejecución de sentencia, estableciendo por el contrario que "cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada..., no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá también solicitar su condena al pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética», no debe ser confundido con el supuesto de autos ni por tanto servir para fundamentar, con base en el mismo, la existencia de una incorrecta determinación de la cuantía de procedimiento, procedimiento cuyo contenido ya hemos analizado, y ello puesto que la principal acción ejercitada es la declaración de nulidad de la mencionada cláusula, con las consecuencias de dicha nulidad que puede ser determinada en ejecución de sentencia. Máxime cuando dicha liquidación resulta de gran dificultad para el consumidor demandante, y de gran facilidad para la entidad bancaria (tesis de la facilidad probatoria), como de hecho ocurrió, aportando la demandada con la contestación a la demanda liquidación de los intereses aplicados con la cláusula suelo, y la diferencia sin su aplicación, eso sí desde la fecha de retroacción establecida en la Sentencia de TS 241/2013 .

Por otra parte la demandada consintió dicha cuantía como indeterminada, cuando no impugnó el decreto que fijaba la cuantía, y tampoco lo manifestó en su contestación a la demanda, no siendo la Audiencia Previa ya el momento procesal oportuno para plantear esta cuestión.

Por todo lo que entiendo que la cuantía del procedimiento, como indeterminada, estuvo correctamente establecida.

SÉPTIMO.- Solicita también la actora que se declare nula la cláusula de gastos a cargo del prestatario (pag. 24 y 25) en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 9/06/2010, relativo a gastos de la intervención notarial, registral, pago de impuestos, y gastos por reclamación judicial o extrajudicial del préstamo hipotecario, con pronunciamiento de que debe ser la demandada la que se haga cargo de estos gastos. Condenando a Catalunya Banc a indemnizar a la actora en la cantidad de 3.371,54€ por los gastos notariales, registrales, honorarios de gestoría e impuestos vinculados a el otorgamiento de esta escritura de préstamo hipotecario, más los intereses hasta el completo pago.

En cuanto a los gastos notariales hay que recordar lo que establece el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en la Anexo II norma Sexta que "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente."

En cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados el sujeto pasivo se regula en Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos en el Artículo 68 . "Contribuyente. Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

La sentencia de Sentencia del Pleno del TS de 23 de Diciembre de 2015 (705/2015. Recurso: 2658/2013 . Ponente: Pedro José Vela Torres) citando otras anteriores establece que "2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la normalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).



En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula..."

Pues bien, en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada, hay que concluir que tanto respecto de los gastos de notario como los aranceles del Registro de la Propiedad, deberían haberse pactado el pago de los mismos de una manera equitativa entre las partes, puesto que la entidad prestamista es la primera interesada en la elevación a escritura pública de los documentos y su inscripción en el Registro para conseguir así obtener contra el prestatario un título ejecutivo. No ha quedado acreditado que esta cláusula se discutiera con el consumidor y por tanto le fue impuesta unilateralmente por lo que debe ser declarada nula por abusiva.

En idéntico sentido hay que concluir respecto al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, ya que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Hágase notar que en la escritura de préstamo se impone al prestatario el pago del gasto de la primera copia [de la escritura] para la entidad acreedora y la gestión de los impuestos que la gravan.

Por lo que igualmente al no quedar acreditada haberse pactado dicha cláusula de manera individual con el cliente consumidor, debe ser declarada nula por abusiva.

No entiendo abusivo sin embargo, que el deudor asuma los gastos de la reclamación extrajudicial y judicial, pues dichos gastos son parte de los daños y perjuicios que se le ocasionan al prestamista con el incumplimiento contractual del prestatario, lo que viene establecido en el art. 1.101 del CC. que por supuesto deberán ser acreditados en su momento. Igualmente la LEC en su art. 394 establece la obligación al condenado del pago de las costas del proceso. Por lo que, entiendo que el hecho de haber recogido en el contrato dichas obligaciones, no viene si no a reproducir lo que la ley regula.

Al declarar nula por abusiva la cláusula 5ª en relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro, e impuestos de actos jurídicos documentados, se debe condenar a la demandada al pago a la actora de dichos gastos cuyo pago por ella ha acreditado (596,47€ de gastos de notario, 2.589,10€ de impuestos de actos jurídicos documentados y 185,97€ de arancel del registro), es decir un total de 3.371,54€ más los intereses legales desde la fecha de su pago y todo ello según establece el art. 1.303 del CC.

OCTAVO.- Sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.



Alega la actora que dicha que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula general de la contratación y que puesto que entidad financiera pueda dar por vencido el préstamo hipotecario y reclamar todo el préstamo ante el impago cualquier concepto, a la vista de la doctrina sentada por el TJUE en sentencia de 14/03/2013 , es absolutamente desproporcionada y contrario a los establecido en el art. 693 de la LEC cuyo apartado 2o establece que "podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un numero de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses y este convenio constase en la escritura de constitución".

Pues bien, en cuanto a lo establecido en la escritura de préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento antes expuesta, hay que tener en cuenta que ésta fue redactada en el año 2010.

Por aquel entonces la redacción del art. 693 de la LEC tenía el siguiente contenido. "Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro."

Es decir, que la ley procesal entendía posible el vencimiento anticipado, por la falta de pago de tan solo alguno de los plazos. La norma no establecía como lo hace ahora un número de incumplimiento mínimo para poder ejercitar el vencimiento anticipado siempre y cuando se hubiese pactado.

Por otro lado el art. 1.124 del Código civil estipula la posibilidad de resolver el contrato ante el incumplimiento de la contraparte "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe".

Fue en la modificación que introdujo la Ley 1/2013, de 14 de mayo en estos artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil, la que exigía un mínimo de incumplimiento de tres mensualidades, modificación que entró en vigor el 15/05/2013.

Por lo tanto en el momento de redactar la mencionada cláusula, ésta no era contraria a norma alguna.

La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la posible abusividad de esta cláusula, se vio marcada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 , junto con la más reciente de 18 de febrero de 2016 . Ambas han cambiado sustancialmente de criterio, en relación a sentencias anteriores en cuanto a la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado al entender que la cláusula que prevé el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota puede ser abusiva "...Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2 LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio. Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

Esta nueva doctrina jurisprudencial tiene su origen en la jurisprudencia procedente del TJUE. El TJUE (Sentencia del TJUE de 14 de marzo) ha establecido que para que un tribunal nacional pueda analizar y en su caso declarar como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado se deben analizar los siguientes aspectos:

- a) Si la obligación incumplida tiene carácter esencial en la concreta relación obligatoria.
- b) Si el incumplimiento ha tenido suficiente gravedad teniendo en cuenta la duración del préstamo y su cuantía total.
- c) Si las normas del correspondiente Ordenamiento jurídico prevén o no el vencimiento anticipado en el caso de incumplimiento considerado en la cláusula.



d) Si el correspondiente Ordenamiento jurídico prevé para el consumidor medios adecuados para poner remedio al vencimiento anticipado.

Es decir, que habrá que analizar una serie de circunstancias o parámetros para comprobar si existió desequilibrio entre las partes, si el incumplimiento es significativo o las circunstancias personales del prestatario.

Mucho se ha discutido si todos estos extremos pueden o no verse acreditados en un procedimiento de ejecución o si necesitan un procedimiento ordinario con la posibilidad ilimitada de probar que no tiene la oposición al ejecutivo.

En reunión de Magistrados de la Sala Primera del TS y de diversas Audiencias Provinciales celebrada en mayo 2013, se adoptó entre otros el siguiente acuerdo que luego ha sido utilizado reiteradamente en resoluciones de diferentes Juzgados y Tribunales:

"En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el art. 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula."

Tras la doctrina sentada por el TS en las sentencias de fecha 23 de diciembre de 2015 y la sentencia de 18 de febrero de 2016 parece que en buena medida ha quedado cerrada la posibilidad de declarar nula por abusiva una cláusula de vencimiento anticipado en un proceso de ejecución hipotecaria, lo que no se puede descartar es la posibilidad de que ello suceda dentro de un proceso declarativo posterior a instancias de la parte prestataria.

Ahora bien, una cosa es que el procedimiento ordinario discutiendo la abusividad de esta cláusula se siga, tras haberse producido un incumplimiento, y otra que a priori se examine la abusividad en abstracto de la misma.

Está claro que la cláusula según está redactada en el contrato de préstamo con los criterios actuales sería abusiva, pero en el momento en que fue redactada no era contraria a norma alguna, es más seguía al pie de la letra la redacción del art. 695 de por aquel entonces. Por lo que si se declarará su nulidad tan solo por ese motivo, estaríamos realizando una aplicación retroactiva de una norma lo que está vedado en el art. 2.3 del CC . "Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario".

El actual criterio del Tribunal Supremo es que no se puede en abstracto determinar la nulidad de dicha cláusula sino que habrá que valorar los distintos aspectos antes mencionados, por lo que la petición que se hace en este procedimiento, previa a incumplimiento alguno, no permite la valoración de la existencia de dicha abusividad en abstracto, puesto que nuestro ordenamiento sí que permite el vencimiento anticipado de las obligaciones ante el incumplimiento de una de las partes, por lo que entiendo que lo abusivo será el ejercicio de dicha facultad, que no la facultad en sí misma.

Por ello debo desestimar este motivo de nulidad solicitado por la actora, estimado por tanto parcialmente la demanda.

NOVENO.- Estimada parcialmente la demanda, según el art. 394.2 LEC . Cada parte se hará cargo de las costas generadas en su defensa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por Manuela representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Nieto contra CATALUNYA BANC S.A.

A) DECLARO la nulidad por abusividad de la cláusula tercer apartado 3 bis del contrato de préstamo hipotecario de 9/06/2010 firmado entre las partes: (pag. 21) "...en ningún caso el tipo de interés que resulte por aplicación de esta cláusula podrá ser inferior al 3,5%, ni superior al 15%".

Y CONDENO a la demandada Catalunya Banc.

1.-A estar y pasar por la declaración anterior.

2.- A eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable es ese contrato de préstamo.



3.- A restituir a la demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: La demandada habrá de restituir al prestatario las cantidades cobradas en cada una de las cuotas de los préstamos, en concepto de intereses ordinarios, que excedan de la estricta aplicación del tipo de interés remuneratorio pactado que le fuera aplicable en cada cuota y que hayan sido cobradas en aplicación de las cláusulas suelo del 3,50% desde la fecha de formalización de la escritura de constitución del préstamo hipotecario el 9/06/2010, hasta la efectiva supresión de la cláusula.

B) DECLARO la nulidad por abusiva de la cláusula 5ª de gastos en relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro, e impuestos de actos jurídicos documentados, que se tendrá por no puesta.

Y CONDENO a la demandada Catalunya Banc

1.-A estar y pasar por la declaración anterior.

2.- A abonar a la actora la cantidad de 3.371,54€ por los gastos abonados por ella en virtud de dicha cláusula, más los intereses legales desde la fecha de su abono.

Las costas de esta instancia serán a cargo de cada parte las generadas en su defensa y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación para su posterior decisión por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Se apercibe a las partes que es requisito imprescindible para la interposición del recurso de apelación la consignación como depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, salvo que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Así por esta sentencia, así lo pronuncio, mando y firmo.