



Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona
 Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549438
 FAX: 935549538

N.I.G.: 0801942120128207825

Ejecución hipotecaria 1138/2012 - Pleza de oposición a la ejecución hipotecaria 757/2013 -2A

Materia: Ejecución sobre bienes hipotecados y pignorados

Parte demandante/ejecutante: *

Incidente de oposición a la ejecución hipotecaria 757-13 Sección 2ªA

AUTO Nº 268/2013

Magistrado que lo dicta: Francisco Gonzalez Audicana Zorraquino

Lugar: Barcelona

Fecha: 1 de octubre de 2013

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Este procedimiento fue objeto de suspensión mediante auto de fecha 19 de noviembre de 2012 si bien mediante auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de junio de 2013 se ordenaba la inmediata reanudación del proceso de ejecución conforme a derecho por carencia sobrevenida del objeto.

SEGUNDO.- En fecha 14 de junio de 2013 la representación de don [] [] y doña M [] [] presentó escrito formulando incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria solicitando que se declare la improcedencia de la ejecución o que se continúe la misma sin aplicar las cláusulas abusivas.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación se citó a las partes a la preceptiva comparecencia que tuvo lugar el día 19-09-13, en la que por las

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	<i>Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen</i> <i>Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validen</i>	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 1 de 29
--	---	--

Este documento se deposita en el Registro de la Administración de Justicia en el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona.

partes se realizaron las oportunas alegaciones y aportaron los documentos que entendieron pertinentes.

En dicha comparecencia también se dio por reproducidos por la parte ejecutada la oposición de fecha 26 de noviembre de 2012 y en concreto la alegación de la excepción relativa a la falta de capacidad o de representación adecuada por la entidad ejecutante, en tanto en cuanto el poder del Procurador lo confiere un apoderado y no un órgano de administración o representación necesaria de la entidad jurídica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.-Conforme al escrito de oposición a la ejecución del auto por el cual se despachó la ejecución de fecha 18 de septiembre de 2012 se alega; la falta de capacidad o de representación adecuada por la entidad ejecutante, en tanto en cuanto el poder del Procurador lo confiere un apoderado y no un órgano de administración o representación necesaria de la entidad jurídica, y todo ello en conformidad a lo dispuesto en el artículo 7.4 de la LEC y 233.1 RD 1/10.

Lo cierto es que es una cuestión a debatir o polémica en cuanto a la adecuada representación de las entidades o personas jurídicas en los procedimientos si bien este juzgador se hace eco de la corriente doctrinal mayoritaria de la Audiencia Provincial de Barcelona relativa a entender como válidamente comparecido en actuaciones a la entidad jurídica cuando el apoderamiento proviene no ya del órgano de administración sino de cualquier apoderado que hubiera facultado la entidad o sociedad, reconociendo por tanto, la llamada representación voluntaria, en este sentido se manifiesta el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de junio de 2012 y entre otras la siguiente resolución;

AAP, Civil sección 19 del 04 de octubre del 2012 (ROJ: AAP B 7161/2012)

Recurso: 326/2012 | Ponente: JOSE MANUEL REGADERA SAENZ

"...Ya hemos dicho en varias ocasiones, y una de las últimas en nuestro Auto de 25 de abril de 2012, que: "Aun cuando la legislación de 1881 primaba la representación ante

los Tribunales de los procuradores (art. 4. primer inciso), ya hemos destacado como la misma norma establecía una contra excepción en favor del factor mercantil (segundo inciso art. 4). No obstante esta primacia de los procuradores se mitigó con el Decreto de 21 de noviembre de 1952, consintiendo inclusive el art. 11 LEC 1881 , la intervención "como apoderados o auxiliares de los interesados tanto de procuradores como abogados a los actos de conciliación y juicios a que se referían las excepciones del nº 2 del párrafo segundo del art. 10.

En la actual legislación procesal, el art. 23 LEC prescribe sin condicionamiento alguno que las partes pueden comparecer por sí mismas en aquellos procesos en los que la representación profesional no sea obligada. Y de acuerdo con el art. 7.4 LEC 2000 , por las personas jurídicas deben comparecer "quienes legalmente les represente" lo cual debe interpretarse en el sentido de que, no existiendo distinción, pueda comparecer por la persona jurídica cualquier persona , que según las leyes, mercantiles, civiles o procesales, pueda representarla. De este modo no puede entenderse tan solo referido el artículo 7.4 a la denominada representación necesaria o legal -esto es la persona del administrador / art. 128 L.S.A .) pues incluso el precepto establece "en la forma determinada por los estatutos", pudiendo éstos establecer la naturaleza delegable o no de todas, o algunas de las facultades representativas. De este modo la persona jurídica , en este caso una sociedad anónima, puede conferir su representación voluntariamente a un apoderado , que no necesariamente debe ser miembro de los órganos orgánicos de la sociedad, y ello con fundamento en las normas generales de apoderamiento (art. 281 y ss. L.com).

Por ello trasponiendo el contexto reseñado al supuesto que nos ocupa y a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada - art. 3.1 C.Civil), entendemos que la sociedad demandante se encuentra voluntariamente representada por su apoderado , en virtud del poder, que le fue conferido por el órgano de administración, para el acto de conciliación, que recordemos no constituye sino una actividad previa a la incoación de un juicio siendo válida dicha representación conferida al apoderado a tal efecto."

Por tanto, el recurso debe ser estimado..."

PRIMERO.- Por la ejecutada se alega, entre otras, la abusividad de la cláusula referente al vencimiento anticipado. No obstante, y como otras cláusulas del contrato, pudieran ser abusivas en cuanto a su redacción, pero en este trámite y procedimiento no se trata de emerger las posibles cláusulas abusivas del contrato y hacer una declaración en tal sentido sobre las mismas, sino de determinar si alguna cláusula, en su caso, abusiva, tiene influencia en la cantidad líquida y exigible en esta ejecución hipotecaria.

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 3 de 29
--	---	--

Así la del vencimiento anticipado no influye ya que la entidad financiera espera a que se produzcan **cuatro incumplimientos**, – conforme a la pauta que determina el Legislador, Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos,-. En este sentido se pronuncia el TJUE en fecha 14 de marzo de 2013 *“corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”*.

Es decir, dicha cláusula como otras aducidas, no tienen efecto en la liquidación de la deuda, en el sentido que se no se aplican, al esperarse en cuanto al vencimiento anticipado a más de tres vencimientos para certificar la deuda, además en todo caso y como último remedio procesal el artículo 693.3 de la LEC prevé la posibilidad de que el deudor haga pago del principal, intereses y costas que se deban hasta ese momento y de ese modo poner fin al procedimiento y a los efectos de la resolución del contrato.

En el mismo sentido, y conforme al procedimiento de ejecución sumario que nos encontramos, no es posible proceder a examinar y declarar el carácter abusivo de diferentes cláusulas anunciadas por la ejecutada al no tener reflejo en la certificación de deuda que es el objeto de la presente ejecución, a **saber; forma de confeccionar la liquidación de la deuda o tipo nominal de intereses ordinarios**, referente esta última al documento de novación contractual, son por tanto cuestiones ajenas a este tipo de procedimiento sin perjuicio de acudir al procedimiento declarativo correspondiente y hacerlas valer mediante los cauces oportunos.

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	<i>Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen</i> <i>Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan</i>	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 4 de 29
--	---	--

SEGUNDO.- Descartadas la observancia de otras cláusulas abusivas referentes a este contrato, ya sea a instancia de la parte o de oficio, las únicas por tanto con relevancia para este supuesto son dos, la referente a los intereses de demora y la llamada cláusula suelo-techo.

Se debe aclarar con carácter previo, que pesa la consignación estereotipada en la préstamo hipotecario de no constituir vivienda habitual es suficiente a estos efectos la mera acreditación del certificado de empadronamiento del ejecutado para determinar, al tratarse además de un préstamo hipotecario concedido a persona física, que nos encontramos ante un consumidor en la que por impago del préstamo se ejecuta su vivienda habitual.

Con relación a la cláusula pactada relativa a los **INTERESES DE DEMORA** no se muestran convincentes los argumentos de la ejecutante relativos a que el pacto entra las partes es libre según el momento del mercado o la función resarcitoria, conminatoria y disuasoria que cumple el interés de demora. Lo que es abusivo es entonces y ahora y no puede reestablecerse la situación con la guía interpretativa del art. 114.3 de la LH a los efectos que se devenguen el 12%.

La cláusula sexta del intereses de demora es abusiva, resultando unos **intereses de demora del 19%**, al exceder, como criterio objetivo; **2,5 veces el interés legal del dinero**, conforme y por analogía, a la Ley 16/2011 de 24 de junio, (en todo caso superiores a los intereses de demora previstos en cualesquiera de la Leyes Generales de Presupuestos, en parecidos términos a los intereses de demora de las operaciones comerciales o mercantiles y conforme al proyecto de Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña), por lo que procede, como se argumentará, no su moderación, sino su exclusión, sin que se devengue interés de demora alguno, siguiéndose la ejecución exclusivamente por el principal e intereses remuneratorios u otros conceptos, **total – 263.30 EUR: 371.302,20 EUR.**

Recientemente se ha dictado una sentencia relativa al ejercicio de la acción colectiva de cesación de condiciones generales, art. 12 de la LCGC, en la que expresamente con relación a esta entidad bancaria **se declara abusivo y por no puesto el interés de demora al 19%**, tal es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, Ponente: Enrique García García de fecha 26 de julio de 2013;

DUODÉCIMO.- De la cláusula de intereses de demora del préstamo hipotecario BBVA (condición 6ª). La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

"Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª".

La OCU alega la desproporción que implica el prever una condición general que establezca un interés de demora del 19%.

El TJ (UE) señaló en sentencia de 14 de marzo de 2013(C-415-11) que el tipo de interés de demora debería ser el adecuado para garantizar los objetivos perseguidos.

El interés de demora tiene un componente resarcitorio para el acreedor (en la medida en que el cumplimiento es tardío) pero también goza, como ha señalado la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 2 de octubre de 2001y de 4 de junio de 2009), de una importante función sancionatoria, que tiende a desincentivar el incumplimiento o el cumplimiento tardío. Como referencia podemos considerar que todo lo que supere el interés legal al que se refiere el artículo 1108 del C. Civil, participará precisamente de la condición de sanción.

La Directiva 93/13/CEE considera, en su anexo, que sería abusivo imponer al

consumidor que no cumpla con sus obligaciones unaindennización desproporcionadamente alta. Éste es el principio que orienta la redacción del artículo 85.6 del RDL 1/2007 del TRLGDCU, conforme al cual debe ser considerada abusiva una cláusula que suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no hubiera cumplido con sus obligaciones. A su vez, el artículo 87.6 del mismo cuerpo legales contrario a la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Para comprender si existe desproporción podemos tomar en cuenta las referencias más significativas que nos proporciona el propio ordenamiento jurídico, tales como: 1º) el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de Crédito al consumo (que suplió a la Ley 7/1995 y ya contenía una regla similar en su art. 19.4), que se refiere a 2,5 veces del interés legal del dinero; 2º) el artículo 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, contempla el tipo de interés del BCE más 7 puntos; 3º) la Ley 50/1980 del contrato de seguro contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 50 % (y sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin indemnizar al asegurado, se aplicaría al empresario asegurador la gravosísima y excepcional consecuencia de un interés muy similar al que aquí tratamos - 20 % vs. 19%); 4º) la regla dispositiva sobre los intereses moratorios que está señalada por ley, con carácter general, en el artículo 1108 del C. Civil, contempla, a falta de otra específica, el pago del interés legal; y 5º) los denominados intereses procesales están señalados por ley, en el artículo 576 de la LEC, a falta de norma especial o previsión convencional, en el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Es cierto que cada norma tiene su propio ámbito de referencia, cada uno de ellos con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan el problema de cómo penalizar proporcionadamente a la contraparte por su incumplimiento. Por otro lado, consideramos que precisamente el caso de las operaciones a las que se refiere la cláusula aquí impugnada, que son préstamos hipotecarios, no debería merecer un tratamiento en esta materia más gravoso que el de esos otros supuestos a los que nos hemos referido, pues precisamente el acreedor goza en ellas de garantías más fuertes (en concreto, la del derecho real de hipoteca, que afecta la propia finca al pago del préstamo) que en otras relaciones contractuales, significadamente, por ser los más próximos en su finalidad, con relación a los de concesión de crédito a los consumidores sin garantía real, por lo que no se justificaría que los intereses

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 7 de 29
--	---	--

moratorios fuesen más altos que en otras operaciones que no gozasen de tal privilegio.

Por otro lado, el propio legislador, en la reciente reforma por Ley 1/2013 (tras el precedente que significó el RD 6/2012 que, aunque para un tipo determinado de sujetos en condiciones económicas particularmente delicadas, señalaba la procedencia de establecer como límite la suma al interés remuneratorio de un 2.5 % sobre el capital pendiente del préstamo), ha decidido modificar el artículo 114 de la LH para establecer como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero. Estamos ante una norma posterior al inicio del litigio, pero que resulta bastante reveladora de la contención que debe predicarse en una materia donde las entidades bancarias han venido incurriendo en manifiestos excesos.

La imposición de un interés moratorio del 19% resulta en el contexto descrito tanto una penalización como una indemnización excesiva, pues no es fruto, y quedaría, en principio, muy lejos de poder ser el resultado de ello, de un criterio similar a los diversos patrones que hemos señalado como referencia (para comprender su trascendencia podemos tener en cuenta que el interés legal ha estado moviéndose en la década previa al inicio del proceso, lo que constituye período significativo, en un horquilla comprendida entre el 3,75 % como mínimo, y el 5,5 %, como máximo). El tipo de interés fijado en la cláusula impugnada ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas, ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contempla la cláusula impugnada, sin consideración al empleo de una fórmula que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de la cláusula que estamos analizando, pues se inserta en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios.

La apreciación del carácter abusivo de la cláusula conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda, como luego explicaremos con más detalle a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (UE), su moderación por vía judicial (lo que no impedirá, en cambio, que el banco pudiera reclamar lo que procediese en aplicación de la regla legal supletoria para los casos de mora, pero no porque aquí debamos

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Éste documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 8 de 29
--	--	--

establecer ninguna previsión para suplir la previsión abusiva). Tal efecto arrastra consigo, sin necesidad de especial consideración al respecto, la nulidad del inciso relativo al anatocismo, ya que el mismo estaba previsto, en el seno de la propia cláusula, para su aplicación sobre lo que ha sido considerado nulo.

Y como este juzgado venía argumentando en anteriores resoluciones la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya venía significando que por parte del juez se puede **examinar de oficio** las cláusulas abusivas predeterminadas y destinadas al consumidor, **incluso cuando aquéllas puedan calificarse como de elementos esenciales del contrato;**

STS, Civil del 02 de Marzo del 2011 (ROJ: STS 1244/2011) Recurso: 33/2003 | Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

"Este argumento se mantiene. La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida".

En el mismo sentido consolidando jurisprudencia se pronuncia el TS, Civil sección 1 del 04 de Noviembre del 2010 (ROJ: STS 6062/2010) Recurso: 982/2007 | Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL, añadiendo la anterior sentencia; *"Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".*

Y STS, Civil del 01 de Julio del 2010 (ROJ: STS 6031/2010) Recurso:

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 9 de 29
--	---	--

1762/2006 | Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS.

4.4. Posibilidad de control de abusividad de cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

74. Ahora bien, una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles, y otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que:

1) Los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos y, como afirma la sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE en el asunto C-484/08 , en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por esta Sala, la Directiva no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

2) La norma nacional no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva , y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido por otro, por lo que, como afirma la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE , los órganos jurisdiccionales nacionales pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

Si bien aparece matizada, en cuanto al control de los elementos esenciales, por vía de inclusión y transparencia, por la sentencia STS, Civil sección 1 del 18 de Junio del 2012 (ROJ: STS 5966/2012) Recurso: 46/2010 | Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO.

Al anterior presupuesto debe añadirse la condicionante de las consecuencias previstas por el Legislador; la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, esto es, el carácter imperativo y normativo de la protección del consumidor, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, v. artículos 82.1, 83.1 y 85.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 10 de 29
--	---	---

Europea siendo sus sentencias directamente aplicables por los órganos jurisdiccionales cuando se trata de asuntos con identidad o analogía jurídica.

Así las STJUE 26.10.2006; 4.06.2009; 6.10.2009; 9.11.2010 se pronuncian en favor de la obligación de los jueces nacionales de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas.

En cuanto a los efectos la STJUE 14.06.2012, partiendo del art 6,1 de la Directiva 93/13 indica que: *"...del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que **los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva**, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, **sin estar facultados para modificar el contenido de la misma**. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". "Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales..."*

Sobre la base de la anterior doctrina jurisprudencial, la doctrina judicial o jurisprudencia menor más cercana, se ha ido haciendo eco de diferentes maneras;

i) Observando de oficio que los intereses de demora son abusivos, también en la ejecución hipotecaria, por lo que dichos intereses son nulos con todas sus consecuencias; AAP, Civil sección 1 del 20 de Diciembre del 2012 (ROJ: AAP T 1479/2012) Recurso: 288/2012 | Ponente: ANTONIO CARRIL PAN.

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validen	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 11 de 29
--	---	---

ii) Declarando abusivo el interés de demora al 29 %, en un contrato de préstamo, teniéndolo por no puesto, por aplicación de la anterior sentencia transcrita de 14 de junio de 2012 del TJUE, si bien aplica el interés legal a dicho préstamo. AAP, Civil sección 19 del 21 de noviembre del 2012 (ROJ: AAP B 8437/2012) Recurso: 731/2011 | Ponente: JOSE MANUEL REGADERA SAENZ.

iii) Examinando de oficio los intereses abusivos tanto los remuneratorios como los de demora moderando ambos, SAP, Civil sección 2 del 10 de Diciembre del 2001 (ROJ: SAP GI 1888/2001) Recurso: 521/2001 | Ponente: JOAQUIN MIGUEL FERNANDEZ FONT... sin que devenga ineficaz todo el contrato, en el sentido de que el capital prestado devengará un interés anual igual a dos veces y media el interés legal del dinero...

iv) Concluyendo que la falta de prueba en cuanto a la operación de liquidar los intereses pactados en una póliza de crédito que no de préstamo, debe perjudicar a la entidad, lo que conlleva la desestimación de su demanda, AP BCN Roj: SAP B 12156/2012 Órgano: Audiencia Provincial sección: 4 N° de Recurso: 677/2011 N° de Resolución: 364/2012 Fecha de Resolución: 27/06/2012 Procedimiento: Recurso de Apelación Ponente: MIREIA RIOS ENRICH.

Y sin perjuicio de otras soluciones adoptadas por las Audiencias Provinciales de Catalunya, así y en concreto la de Tarragona examina de oficio si los intereses de demora son abusivos y los calcula posteriormente a 2,5 veces el interés legal del dinero vigente en la fecha del contrato AAP, Civil sección 3 del 13 de Septiembre del 2012 (ROJ: AAP T 1310/2012) Recurso: 217/2012 | Ponente: MANUEL GALAN SANCHEZ, SAP, Civil sección 1 del 25 de Mayo del 2012 (ROJ: SAP T 724/2012) Recurso: 83/2012 | Ponente: ANTONIO CARRIL PAN.

Y la de Girona, inadmite el proceso monitorio por apreciar cláusulas

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 12 de 29
--	---	---

abusivas en cuanto a los intereses de demora o aparta los intereses de demora abusivos en el despacho de ejecución de título no judicial, AAP, Civil sección 1 del 23 de Julio del 2012 (ROJ: AAP GI 130/2012)Recurso: 381/2012 | Ponente: FERNANDO FERRERO HIDALGO, AAP, Civil sección 1 del 13 de Junio del 2012 (ROJ: AAP GI 99/2012) Recurso: 269/2012 | Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR, AAP, Civil sección 1 del 24 de Septiembre del 2012 (ROJ: AAP GI 150/2012) Recurso: 232/2012 | Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR, AAP, Civil sección 1 del 12 de Julio del 2012 (ROJ: AAP GI 122/2012) Recurso: 380/2012 | Ponente: MARIA ISABEL SOLER NAVARRO.

Por lo que existe más que constancia por la jurisprudencia y doctrina para tener el deber de actuar de oficio tutelando los derechos de los consumidores/persona física, sin ser necesaria su alegación, y optando este juzgador, a los efectos de disuadir en lo sucesivo, siendo una de las razones decisorias del TJUE, **por tener por no puestos los intereses de demora si exceden de 2,5 veces el interés legal del dinero**, conforme y por analogía, a la Ley 16/2011 de 24 de junio, (en todo caso superiores a los intereses de demora previstos en cualesquiera de la Leyes Generales de Presupuestos, en parecidos términos a los intereses de demora de las operaciones comerciales o mercantiles y conforme al proyecto de Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña), declarándolos abusivos, con todas sus consecuencias, en el sentido de no poderse reclamar por ser vinculante esta declaración judicial, **es decir, no devengará el principal vencido y la liquidación de intereses remuneratorios interés alguno.**

También se refuerza lo anterior con los siguientes argumentos que se asumen por este juzgador;

Juzgado de primera Instancia Nº 3 de Lleida. Auto de 24 de mayo de 2013.
Magistrado: D. Diego Gutiérrez Alonso.

QUINTO – De la moderación de los intereses moratorios abusivos. Hay que rechazar la posibilidad de moderación ya que nuestro Tribunal Supremo tiene sentado que “Cuando la cláusula penal está prevista específicamente para un determinado incumplimiento parcial

(o cumplimiento irregular o defectuoso, que es lo mismo) no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del CC si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial; es el caso del retraso en el cumplimiento de la obligación habiendo cláusula penal sobre el mismo". Es decir, si la cláusula penal se impone precisamente por el retraso, produciéndose el hecho para el cual está prevista expresamente esa pena no cabrá la moderación (STS de 1 de Octubre del 2010 - ROJ: STS 5575/2010 y STS de 12 de Julio de 2011 - ROJ: STS 4872/2011). De este modo, siendo que los intereses moratorios son una sanción por el retraso en el pago están previstos precisamente para esa situación de mora y no cabría su moderación.

Pero además de esta interpretación sobre la naturaleza de las cláusulas de sanción por mora hay que tener en cuenta que la STJUE de 14 de junio de 2012 ha prohibido la moderación de las cláusulas declaradas abusivas precisamente para disuadir su uso, lo cual no se conseguiría si se procede a la simple moderación. Así lo ha hecho la SAP de Barcelona, sección 16, de 15 de Febrero del 2013 (ROJ: SAP B 1374/2013) en aplicación de dicha resolución: "se ha de poner de manifiesto que la consecuencia de la abusividad que aquí se declarará no puede ser la moderación que, por lo demás, de modo inconcreto, apuntó el deudor, sino la absoluta nulidad de la cláusula contractual, con la consiguiente imposibilidad de reconocer a la acreedora interés moratorio alguno (v. STJUE de 14 de junio de 2012)". En este supuesto resuelto por la AP de Barcelona el interés moratorio era del 22'20%.

Pero además la STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo ha declarado de forma expresa y general que "La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, 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".

Es cierto que ante la nulidad de la cláusula de intereses moratorios puede pensarse que deberá aplicarse algún tipo de interés respecto del principal vencido anticipadamente y por el transcurso del tiempo sin que sea satisfecho, pero la aplicación de cualquier tipo de interés, ya sea el legal o el de mora procesal supondría una forma de moderación o integración del contrato.

Para empezar el interés de mora procesal no es de aplicación ya que el artículo 576 de la LEC reza: "1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.

3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas”.

El apartado primero habla de resoluciones judiciales o sentencias que condenen al pago y es claro que en la ejecución que nos ocupa no hay resolución de condena. El apartado tercero habla de todo tipo de resoluciones pero es evidente que la finalidad de ese apartado no es la de extender los intereses a todo tipo de resoluciones incluso las que no condenen sino que la finalidad es extender lo previsto en el apartado primero (resoluciones de condena) a otras jurisdicciones y a los laudos y acuerdos de mediación ya que ese apartado se incluyó en virtud de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Los autos por los que se despacha ejecución no son resoluciones de condena pero además es evidente que el legislador no ha querido atribuir a estos autos el efecto de devengarse a partir de su dictado el interés de mora procesal porque el artículo 816.2 en su último inciso dice que “Desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés a que se refiere el artículo 576”. Si el auto despachando ejecución estuviese incluido entre las resoluciones previstas en el artículo 576 de la LEC, no haría falta recogerlo expresamente en el artículo 816.2 de la LEC.

En cualquier caso hay que insistir en que la aplicación de otro tipo de interés es una forma de moderación, integración o reconstrucción del contrato, que está vedada por el ordenamiento comunitario. Y esto mismo habrá que decir respecto de la posible aplicación del interés legal de los artículos 1101 y 1108 del CC.

Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. Sentencia de fecha 2 de mayo de 2013. Magistrado: D. José Mª Fernández Seijo.

9.7. La cláusula de intereses de demora incluida en la cláusula sexta de la escritura de préstamo debe considerarse abusiva y la consecuencia de dicha declaración es que debe dejarse sin aplicación frente al consumidor.

Partiendo de lo expuesto, y dado que el dejar sin efecto la cláusula de intereses de demora que en este caso se considera abusiva, **al exceder de 2,5 veces el interés legal del dinero**, no se estima que se deje sin contenido el contrato, se seguirá la ejecución interesada si bien sin aplicación de intereses moratorios que no se podrán reclamar ni tan siquiera los legales

desde la reclamación judicial, tanto por no peticionarse en tal sentido en su momento procesal como por el sentido de exclusión de la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 y los argumentos aducidos.

TERCERO.- Inexigibilidad de las cantidades derivadas de la aplicación de las CLÁUSULAS SUELO por tratarse de condiciones no asumidas por el consumidor (presupuesto previo), y por lo tanto, nulas o que no deben ser aplicadas en el contrato de préstamo y consiguientemente, la liquidación efectuada por la entidad bancaria conforme al contrato, no es una cantidad vencida y exigible de conformidad a lo dispuesto en los arts. 572.2, 573.1.2ª, 574.1º, 685.2 y 695.1.4ª de la L.E.C.

1. Las cantidades exigidas por la entidad bancaria, en principio incrementado en un 2.25% y tras la novación contractual el tipo de referencia más 3.75 puntos, cláusula primera cuarta, y por aplicación de la cláusula suelo, no son exigibles por aplicación del principio de falta de transparencia en la información a favor del consumidor en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario, al no haberse informado de su trascendencia para que tenga cabal conocimiento el consumidor, esto es, (STS en pleno de 9 de mayo de 2013, en adelante STS), concurre;

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e)...se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."

Y si bien se trata de una condición o cláusula que pudiera ser definitoria del objeto principal del contrato de préstamo, es posible su control de oficio en

cuanto al grado de transparencia y conocimiento del consumidor, siendo en este caso que no precisa de prueba, en tanto en cuanto los anteriores elementos informadores a favor del consumidor se desprenden del propio contrato y sus condiciones;

STS

"197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

...cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (si su inclusión conforme al art. 7 LCGC)...es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

206. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, 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".

...cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 17 de 29
--	---	---

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.

233. El análisis de las normas transcritas- el artículo 8 LCGC, artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario, artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 y artículo 82.1 TRLCU- permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor –en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-.

246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

En definitiva, la cláusula analizada no supera el control de transparencia en cuanto a la calidad exigible, produciendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, y por lo tanto, desde esta perspectiva es abusiva, porque produce el desequilibrio por falta de información siendo contraria a la buena fe contractual.

2. Si esto es así, la única consecuencia que se puede derivar de lo

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 18 de 29
--	---	---

mismo es que no son exigibles las cantidades devengadas por la aplicación de dicha cláusula suelo desde su inicio, es decir, tiene efectos ex tunc, desde el momento de la suscripción y aplicación de dicha cláusula en el contrato de préstamo hipotecario.

La referida STS no se pronuncia expresamente sobre esta pretensión, ya que bajo los principios de rogación, congruencia y dispositivo, arts. 216 y 218 de la L.E.C., únicamente se estaba ejercitando una acción de cesación sin petición expresa sobre las cantidades ya pagadas por el consumidor, sin perjuicio que a mayor abundamiento no reconoce efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas suelo sin incorporarse por lo tanto al fallo de la sentencia.

Además los motivos por los cuales se pronuncia a mayor abundamiento en la sentencia no pueden tener aplicación analógica o extensiva a este caso en concreto. Así y en principio significar que la sentencia cuando aborda este tema en el fundamento de derecho 17º lo hace a instancia del Ministerio Fiscal, recordando que lo pedido, la condena a cesar en el uso de las cláusulas, tiene una proyección hacia el futuro, argumentos 277 a 281.

Si bien entiende el Tribunal Supremo que no tiene eficacia retroactiva las declaraciones de nulidad por aplicación del principio de seguridad jurídica y por aplicación de los principios que sustentan las decisiones en el TJUE, en el sentido que se limitan los efectos generales y retroactivos siempre y cuando concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves, y utilizando los criterios atribuidos al Ministerio Fiscal declara que; las cláusulas suelo son usuales y lícitas, responden a razones objetivas, han sido toleradas durante largo tiempo, su nulidad se basa en la falta de transparencia por insuficiencia de información, y se han aplicado con la observancia de las exigencias reglamentarias de información, y entiende por tanto, que la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, motivos por los cuales no debe afectar a las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	<i>Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen</i> <i>Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan</i>	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 19 de 29
--	---	---

Como se argumentaba anteriormente, dicho pronunciamiento a mayor abundamiento y sin petición expresa de las demandantes, no puede ser objeto de discusión para este caso concreto, así su argumento central no queda probado a los efectos de su aplicación al caso concreto, cuál es, el perjuicio que pudiera causar a la situación económica nacional, además la sentencia omite cualquier pronunciamiento sobre el principio exigible conforme al TJUE relativo a la buena fe de los círculos intervinientes, en este caso de las entidades bancarias, si bien la misma sentencia se pronuncia en los siguientes términos; oferta como interés variable que "se revela así engañosa" (pár. 218), existencia de suelo con techo como "factor de distorsión de la información" (pár. 258) y que "puede servir como señuelo" (pár. 218), ubicación de las cláusulas suelo "entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas" (pár. 225), profusión de datos que provocan "falta de atención" (pár. 259), etc.

Cabe a su vez argumentar que diferentes juzgados han entendido que la aplicación del principio de nulidad a los casos concretos observados abarca la devolución de aquellas cantidades cobradas indebidamente, tal es el caso de las sentencias posteriores a la STS, i.e., Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense de 10, 13 y 21 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 15 de mayo de 2013, Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013, Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013.

En este sentido los argumentos utilizados son también aplicables a este supuesto a los efectos de constatar que la cantidad liquidada con aplicación de la cláusula suelo no es exigible a los efectos de proceder a la ejecución de la venta de la vivienda habitual del consumidor, situación por otra parte irreversible, STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Caso Aziz.

A saber;

- Juzgado nº 4 de Ourense se resumen en que el Pleno del TS es que aparte de ser "un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estimen al respecto, vulnera el principio de tutela judicial efectiva",

Validat per González González, Raúl González Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 20 de 29
--	---	---

añadiendo que "pretender la aplicación analógica de la retroactividad, trayendo aquí la previsiones de otras leyes (Ley de procedimiento administrativo, Ley de patentes) solo es posible de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Código Civil", concluyendo que "es de aplicación lo previsto en el art. 1.303 del Código Civil".

- Juzgado de lo Mercantil de Granada "la moderación que realiza el Tribunal Supremo no es aplicable a este supuesto en donde la nulidad no se determina por la falta de transparencia, uno de los elementos tomados en consideración, sino por la abusividad de la cláusula en el supuesto en que así lo hemos determinado y que por tanto debería operar la restitución de las cantidades señaladas".

- Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao, Sentencia de 19 de junio de 2013.

"Centrado el objeto del litigio en los términos expuestos, la demanda debe ser íntegramente estimada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 del Código Civil.

Conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 09.05.13, eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, "(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva" (parr. 276). Y "como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto-. Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil. "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..." (parr. 283).

Luego el TS, haciendo uso de "la posibilidad de limitar la retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (parr. 293), termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" (pronunciamiento décimo del fallo). A juicio de quien ahora resuelve, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC. Porque el TS "declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) "no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada" (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posterioridad); ni (ii) "a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art. 223.3 LEC). Y no lo hace.

Así las cosas, en el presente caso, que es lo único que debe resolver este Juzgador, no

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Éste documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 21 de 29
--	---	---

puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado (11.973,10 euros) pueda generar ningún "riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico" (párr. 293, letra k). Esta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo. Y no es aplicable a este caso."

Y previo a la STS ya se resolvía en este sentido; Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, Sentencia de 13 Sep. 2012, rec. 168/2012. Ponente: García-Chamón Cervera, Enrique.

CUARTO.- El efecto de la nulidad de la cláusula abusiva no puede ser la integración de la parte del contrato afectada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil mediante la atribución al Juez de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes como dispone el artículo 10-bis.2 de la Ley 26/1984 porque ha declarado su inaplicación la STJUE de 14 de junio de 2012: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaria [artículo de contenido idéntico al artículo 10-bis-2], 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.»

El efecto de la nulidad será el de la restitución de las cantidades abonadas por el actor mientras se aplicó la cláusula suelo, ahora declarada nula y, cuya cuantía, no controvertida, se ha fijado en la demanda en 935,88.- €.

Por otra parte debe recordarse que este supuesto se ejecuta contra un consumidor y que tiene por finalidad la venta de su vivienda habitual a los efectos de proceder al pago de la deuda líquida, vencida y exigible, y en estos términos debemos estar también a lo dispuesto por la doctrina y jurisprudencia del TJUE, en el sentido de observar y aplicar los principios reiterados por el Tribunal Comunitario, es decir, los principios que sustentan las decisiones en el TJUE;

-Principio relativo a la aplicación del efecto disuasorio para corregir la desproporción entre el consumidor y el oferente, sin integrar el contrato.

Sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto 618/10, Banco Español de

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 22 de 29
--	---	---

Crédito). Esta sentencia se refiere a tal efecto a propósito de la facultad moderadora que tienen los jueces españoles en virtud del art. 83 del TRLCU, y después de señalar en el apartado 68 que “dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», en el apartado 69, declara que **“si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost’ antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”.**

Asimismo la STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), establece que “el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)”.

Y STJUE de 30 de mayo de 2013 C-488/11 Caso Jahani.

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	<i>Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen</i> <i>Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan</i>	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 23 de 29
--	---	---

STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, Caso Banco Español de Crédito.

58. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartados 66 a 69).

59. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula.

60. Por las consideraciones anteriores, se ha de responder a la tercera cuestión que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor.

63. En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor (véanse la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 58; el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost', C-76/10, Rec. p. I-0000, apartado 62, y la sentencia Pereničová y Perenič, antes citada, apartado 30). En efecto, tal y como se ha recordado en el apartado 40 de la presente sentencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

64. Por otro lado, procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 24 de 29
--	---	---

en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas».

67. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, *Mostaza Claro*, apartado 37; *Pannon GSM*, apartado 26, y *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 51).

69. Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto *Pohotovost*, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

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

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

73. A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto

Legislativo 1/2007, 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.

- Principio de intervención positiva por parte del juzgador y aplicación de oficio de la normativa comunitaria a favor del consumidor.

"La normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas es de «orden público», STJUE de 14 de junio de 2012, cit. § 49, 6 de octubre de 2009 —Asturcom— § 52, de 26 de octubre de 2006 —Mostaza Claro— § 35 y 38, cits.

Por lo que la existencia de una cláusula abusiva debe ser examinada de oficio por el tribunal en cualquier estadio del procedimiento. STJUE 2013/46, de 21 de febrero —caso Banif Plus Bank—, 2012/1998, de 26 de abril —caso Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt.— de 14 de junio de 2012; 6 de octubre de 2009 —Asturcom— § 53 y 59; de 14 de junio de 2012 —caso Banco Español de Crédito— § 36, 42, 43, 44, 53, 57; 27 de junio de 2000 —Murciano Quintero—; AAP Madrid (Pleno) de 4 de marzo de 2013, cit. § 42, 43, F.J. 4, 6 de octubre de 2009 —Asturcom— § 30; STJCE 2009/155, de 4 de junio —caso Panonn GSM—, 2000/144, de 27 de junio, —caso Océano Grupo Editorial, S.A. Salvat Editores—. Véanse las conclusiones 9.^a y 10.^a de los criterios de Derecho transitorio para la aplicación de la doctrina del TJUE STS 241/2013, de 9 de mayo § 108-116 y § 125-129. Las cláusulas abusivas (1) Vicente Gimeno Sendra Catedrático de Derecho Procesal de la UNED. Magistrado emérito del TC"

STJUE de 30 de mayo de 2013, C-397/11, Caso Aegon.

"El juez nacional está obligado a interpretar y aplicar todas las disposiciones nacionales de que se trata, en cuanto sea posible, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión."

"El Tribunal de Justicia ha precisado al respecto que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual está obligado a no aplicarla, salvo si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, se opone a ello (véase en ese sentido la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 35)."

"la referida Directiva no se opone a la posibilidad, respetando el Derecho de la Unión, de declarar la nulidad total de un contrato concluido entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 26 de 29
--	---	---

consumidor (véase en ese sentido la sentencia *Pereničová y Perenič*, antes citada, apartado 35).

En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 21 febrero 2013, C-472/11, Caso Banif Plus Bank, STJUE de 4 junio 2009, C-243/08, Caso Panon y STJUE de 27 junio 2000, C-240/98, Caso Océano y Salvat.

STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, Caso RWE.

42 Habida cuenta de semejante situación de inferioridad, la Directiva 93/13, por un lado, establece en su artículo 3, apartado 1, la prohibición de cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En definitiva, la aplicación de dicha cláusula por los motivos indicados de falta de transparencia al tratarse de una condición general con una relación densa, sin que se pueda comprender por parte del consumidor la importancia económica de la misma, entremezclada entre otras cláusulas y dándole un tratamiento voluntariamente secundario, convierten a dicho préstamo en un interés mínimo fijo que no se le beneficia de las bajadas que pudieran producirse en el tipo de referencia, en este sentido también declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, Ponente: Enrique García García de fecha 26 de julio de 2013: "...que dicha cláusula no supera el control de transparencia y con ello conlleva su nulidad...", y otorgándole los antedichos efectos retroactivos a favor del consumidor, conllevan que no pueda tal cláusula y aplicación fundamentar el despacho de la ejecución del procedimiento hipotecario especial y sumario, por no tratarse de cantidad exigible conforme a los arts. 572.2, 573.1.2ª, 574.1º, y 685.2 de la L.E.C., consecuentemente con lo declarado, se procede al archivo y sobreseimiento del procedimiento ejecutivo.

CUARTO.- En cuanto a las costas, conforme al criterio genérico del vencimiento recogido en el artículo 394 de la L.E.C., se impondrán a la ejecutante.

Validat per González González, Raúl Gonzalez Audicana Zorraquino, Francisco	<i>Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen</i> <i>Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan</i>	Data i hora 01/10/2013 11:47 Pàgina 27 de 29
--	---	---

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Dispongo; desestimar la oposición a la ejecución despachada por falta de capacidad o representación y observar de oficio y a instancia de parte exclusivamente las siguientes cláusulas abusivas referentes a la presente ejecución;

1) La cláusula referente a los **intereses de demora**, por lo que en su caso, y en este primer supuesto, debería continuarse la ejecución por el principal **371.302,20 EUR y costas 30.000 EUR.**

2) No obstante, y conforme a lo antedicho, y por aplicación de la **cláusula suelo** al préstamo hipotecario **SE PROCEDE AL ARCHIVO Y SOBRESEIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO.**

Con expresa imposición de las costas causadas a la parte ejecutante.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, al ser una resolución definitiva.

De conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre "...todo el que pretenda interponer recurso contra sentencia o auto que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como DEPÓSITO... 50 euros si se trata de recurso de apelación..." De conformidad a la Instrucción 8/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, la parte ingresante deberá especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso Código 02 Civil-Apelación ". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así lo acuerda manda y firma, Don Francisco González de Audicana Zorraquino, Magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia número 38 de

Barcelona. Doy fe.

Lo acuerdo y firmo.

El Magistrado

Doy fe.

El Secretario judicial

