

Roj: SJM GI 109/2015 - **ECLI:**ES:JMGI:2015:109
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Girona
Sección: 1
Nº de Recurso: 510/2014
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 23/04/2015
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: RAFAEL MARTINEZ OLIVER
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

JUZGADO MERCANTIL DE GIRONA

Procedimiento ordinario nº 510/2014

SENTENCIA

En Girona a 23/04/2015

Vistos por D. RAFAEL MARTÍNEZ OLIVER, JUEZ DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL, del Juzgado Mercantil de Girona y su partido, las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO, seguidos a instancia de D. Fidel Y Dña Isidora y representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Aniol Peya contra BBVA SA, representado por el Procuradora GREGORIA TUEBOLS, recayendo la presente resolución sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda de juicio ordinario, siendo competente este juzgado para el conocimiento de la misma, se admitió a trámite, emplazando al demandado, el cual se personó en tiempo y forma, teniéndosele por parte y contestando a la demanda.

SEGUNDO.- La pretensión de la parte actora es la declaración de nulidad de las cláusula contenida en la estipulación tercera del contrato de préstamo y la reclamación de las cantidades de, en concepto de intereses pagados en el préstamo, todo ello con los intereses legales desde la fecha de cobro y aquellas cantidades que los actores vayas pagando de más durante la tramitación del procedimiento y al pago de las costas.

TERCERO.- De dicha demanda se dio traslado a la otra parte para que contestara en el plazo de 20 días haciéndolo el día 3 de octubre de 2014 y en la que solicitaba en síntesis la integra desestimación de la demanda.

CUARTO.- Se convocó a las partes a la Audiencia Previa solicitando la parte actora como prueba, la documental que se tuvo por reproducida y aportada.

Para el éxito de sus pretensiones la partes propusieron únicamente como

prueba, la documental quedando las actuaciones para dictar la correspondiente resolución de conformidad con el art 429.8 de la LEC

QUINTO.-En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dichas pretensiones se fundan en los siguientes hechos:

Los actores suscribieron un préstamo hipotecario con el BBVA SA en fecha de 23 de marzo de 2007 una escritura de préstamo a interés variable con garantía hipotecaria en la que se pactó que el capital prestado sería de 266.000 euros con un tipo de interés euribor revisable cada seis meses con un diferencial de 0,49 y con un plazo de amortización de 40 años tipo de interés nominal fijo de del 2,250%, adicionado este valor con los puntos porcentuales expresados anteriormente, para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el periodo de interés. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la bonificación prevista en el apartado siguiente tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso superior al 15% nominal actual.

La entidad financiera habría ocultado a los actores la inclusión de la cláusula relativa a la limitación en la bajada de tipos de interés. Alegan que la llamada cláusula suelo no aparece como tal indicada en el contrato, pues no se la designa con el nombre por el que se la conoce sino que aparece difuminada en un farragoso contrato dentro del apartado dedicado a los intereses ordinarios.

Por ello en el suplico de la demanda solicitaba que se declare la nulidad de la cláusula suelo contenida en la estipulación cuarta del contrato en la que se establece un interés al tipo nominal aplicable del 2,250 y en segundo lugar que se condene a la entidad bancaria a restituir a la actora las cantidades abonadas en concepto de interés durante el periodo de vigencia del contrato y que ascienden a 8.333 euros así como pago de las costas.

La parte demandada alega que la que se da en el presente supuesto la excepción de cosa juzgada puesto que el tribunal supremo en la ya conocida y mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013 en relación a demás con la entidad bancaria BBVA SA ya declaró la nulidad de este tipo de cláusula eliminándola de las hipotecas y por tanto no exigiéndola por lo que es improcedente entrar a valorar de nuevo la cláusula impuesta en el contrato suscrito por las partes en este litigio.

SEGUNDO.-. La Sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo ya condeno a la entidad BBVA SA a eliminar todas las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamos suscritos por el BBVA y consumidores procediendo el Banco a su eliminación.

Recordemos que se decía en aquella Sentencia donde realiza la siguiente afirmación respecto de la cláusula suelo utilizada por el BBVA SA

"Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas" -, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

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) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

A raíz de esta afirmación el Tribunal Supremo llegó a esta conclusión:

a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

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

En definitiva ya el tribunal supremo obliga en este caso al BBVA a eliminar la cláusula suelo de su préstamo pero sin la obligación de devolver las cantidades cobradas indebidamente.

Por todo lo expuesto entendemos que existe cosa juzgada respecto de la declaración que con la demanda presentada ante el Juzgado mercantil de Girona pretende la parte actora.

Así en este caso se dan los requisitos de la cosa juzgada, a que se refiere el artículo 222 de la LEC.

TERCERO.-Por otra parte la entidad bancaria demandada alude a esta misma Sentencia del alto Tribunal para negar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por el BBVA SA ya que la misma resolución establecía la irretroactividad de

sus efectos.

Recordemos de nuevo el fundamento de la citada resolución donde se refiere a la irretroactividad de la Sentencia, el propio Ministerio Fiscal precisamente solicitaba que el tribunal se pronunciara al respecto.

"La propia Directiva 93/13 dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del artículo 7.2 de "[s]i ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el artículo 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo [...].

Cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el artículo 53 TRLCU dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

Esta proyección de la sentencia al futuro ha sido confirmada desde la perspectiva del derecho a la privacidad de los consumidores y su tutela frente a las asociaciones de usuarios en laSTC 96/2012, de 7 de mayo, al rechazar una pretensión de AUSBANC de que le fuesen cedidos datos personales de consumidores contratantes con una entidad de crédito, al afirmar que "[..] para ejercitar la acción de cesación que se postula como motivo principal para la admisión de solicitud de las diligencias preliminares, no son necesarios los datos personales que se solicitan en la demanda (tal como recoge el art 15.4 LECiv), pues la Ley de enjuiciamiento civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (ex art. 53 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios)".

Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

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* productum (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[d]eclarada 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, salvo lo que se dispone en los artículos

siguientes".

Se trata, como afirma laSTS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, " [...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)",

También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma laSTJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que fe confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizoty otros, 24/86, Rec p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, SkovbyBilka, C-402/03, Rec p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".

No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario

Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que e) bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar (os efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, ia bueno fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, lassentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec p, I-4939, aportado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p, I-0000, aportado 59).

En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la Sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

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.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones,

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

Conclusiones.

Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente Sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

CUARTO.- Sin embargo a pesar de la veracidad de las manifestaciones que realiza la entidad bancaria demandada, en un tema tan complejo jurídicamente y de tanta relevancia social era de esperar que el Tribunal Supremo modificara este criterio de la aplicabilidad de la retroactividad.

Efectivamente el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 2015 pasa a clarificar todavía más si cabe el sentido de la citada retroactividad. Así en esta Sentencia se dice:

"Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de la citada sentencia hace perder la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social.

La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el párrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia de tal manera que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de la Sentencia de 9 de mayo de

2013"

QUINTO.-CONCLUSIÓN

Se puede concluir que a partir de la fecha de la publicación de la sentencia de fecha de 9 de mayo de 2013 no es posible alegar la buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fueren declaradas abusivas por este concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 a efectos de la debida seguridad jurídica.

Por tanto y en relación a las cuestiones planteadas en nuestro se debe determinar por el juzgador que no se va a entrar en el fondo del asunto en la cuestión relativa al carácter de la cláusula impugnada (suelo) puesto que como ya se ha indicado esta cuestión fue resuelta respecto de la entidad bancaria ahora demandada y que el tribunal Supremo ya declaró la abusividad de todas las cláusulas suelo que constaban en las escrituras contratadas con el BBVA SA, quedando pendiente en esta resolución aclarar conforme la última Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo del presente año que la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación del artículo 1303 del código Civil será desde la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Y se debe concluir en este punto que también el banco BBVA procedió a su eliminación tal y como en el documento nº 1 de la contestación a la demanda y por tanto siendo ello así no ha lugar a la aplicación de retroactividad alguna ya que por esta cláusula nada se ha cobrado.

En definitiva se debe desestimar la demanda en su totalidad con expresa imposición de costas a la parte actora, no solamente por haber visto desestimada todas sus pretensiones sino por mala fe y temeridad ya que la parte actora en el momento de la presentación de la demanda (27 de mayo de 2013) conocía perfectamente la sentencia del Tribunal supremo de 9 de mayo y sus consecuencias.

SEXTO- En materia de costas es de aplicación el Art. 394.1 LECtal y como se ha expresado en el párrafo anterior.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos:

FALLO

Que Desestimando totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Aniol Peya en nombre y representación de D. Fidel Y Dña. Isidora , DEBO absolver a la entidad bancaria BBVA SA. de pagar cualquier cantidad a la parte actora.

Respecto de las costas se impondrán a la parte actora al haber visto desestimadas todas sus pretensiones.

Notifíquese la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de 20 días a contar desde la notificación de la presente, previa constitución del depósito necesario para recurrir por importe de 50 euros, advirtiéndole a la parte que sin dicha consignación no se dará trámite al recurso interpuesto.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la presente resolución, estando el Ilmo. Magistrado-Juez celebrando audiencia pública. Doy fe.