



Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Avenida Ramon Folch, 4-6, planta tercera - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972181718
FAX: 972219577
EMAIL: instancia3.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120198059300

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 520/2019 -5A

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmov. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 1680000004052019
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona
Concepto: 1680000004052019

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]
[REDACTED]
Procurador/a: Elisenda Pascual Sala, Elisenda Pascual Sala
Abogado/a: Lluís Ferrer De Nin

Parte demandada/ejecutada: BANKIA, SA
Procurador/a: Cecilio Castillo Gonzalez
Abogado/a: María Yolanda Lopez-Casero De La Torre

SENTENCIA Nº 1159/2019

En Girona, a nueve de julio de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, D^a Jennifer Rocío Álamo, Juez en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 bis de Girona, los autos del presente Juicio Ordinario número 520/2019, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Doña ELISENDA PASCUAL SALA, Procuradora, en nombre y representación de [REDACTED] y de [REDACTED], presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BANKIA, S.A. Se ejercitaba acción de nulidad de condiciones generales de la contratación referentes a la cláusula de gastos e intereses de demora a cargo del prestatario, con restitución de cantidades, intereses y costas.

La demanda fue admitida y se emplazó a la demandada para su contestación en el plazo de 20 días.

La demandada, BANKIA, S.A., contestó a la demanda en tiempo y forma.

SEGUNDO.- El acto de la audiencia previa tuvo lugar el 8 de julio de 2019. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitaron el recibimiento del

Codi Segur de Verificació: 2UXEV2OZZTICSHAFPOXDA4NZ5B7J80

Signat per Rocío Álamo, Jennifer:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/af/consultas/CSV.html>

Data i Hora 09/07/2019 16:22





pleito a prueba. La demandada impugnó la cuantía del procedimiento, resolviéndose esta cuestión en el acto de la audiencia previa al juicio con el resultado que obra en el correspondiente soporte audiovisual.

Recibido el pleito a prueba, tanto por la parte actora como por la parte demandada se propuso como prueba la documental obrante en las actuaciones. Las pruebas pertinentes quedaron circunscritas al ámbito de la documental admitida, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos quedaron conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

La parte actora, [REDACTED] y [REDACTED], ejercitan acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas a los intereses de demora e imposición de gastos, por abusividad e incumplimiento de normativa, con los efectos inherentes a la declaración interesada y costas. Y todo ello en relación al préstamo hipotecario de fecha 5 de abril de 2007.

La entidad demandada BANKIA, S.A., se opone a la pretensión deducida de contrario afirmando la validez de las cláusulas impugnadas, solicitando la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- Audiencia previa.

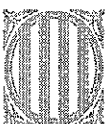
Controversia

Se fijaron los hechos controvertidos consistentes en: i) la procedencia o no de la pretensión de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos e intereses de demora y ii) la procedencia de restituir las sumas reclamadas.

TERCERO.- Del retraso desleal en el ejercicio de las pretensiones y la teoría de actos propios.

Del retraso desleal

Se alega por la parte demandada la existencia de un retraso desleal del derecho por la parte actora.





La doctrina del retraso desleal del derecho tiene su encaje en el artículo 7 del Código Civil. Se considera sancionada por este precepto aquella conducta contradictoria del titular del derecho que por un lado da a entender a través de la expresión de su comportamiento, que renuncia o abandona determinado derecho y, contraviniendo esa apariencia creada, a su vez reclama su ejercicio.

Los elementos exigidos constátenme por la jurisprudencia y por la reciente Sentencia nº 148/2017 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, 2 de Marzo de 2017 para que prospere la doctrina del retraso desleal del derecho son:

- 1º.- La omisión del ejercicio del derecho.
- 2º.- El transcurso de un periodo de tiempo.
- 3º.- La objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

Como vemos, para que se aplique la doctrina del retraso desleal del derecho no basta el mero retraso en reclamar sino que se exige un plus de abuso del derecho.

En este sentido debemos destacar las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 septiembre 2013: "La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe (artículo 7 del Código Civil) un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible". La Sentencia AP Sevilla (Sección 6ª) de 11 junio 2013: "No se aprecia que concurren datos suficientes para considerar desleal el retraso en el ejercicio de la acción, pues no basta el transcurso de un cierto lapso temporal inferior al plazo prescriptivo de quince años (en tal caso dejaría de tener sentido el instituto de la prescripción), sino que es preciso una serie de circunstancias especiales, en concreto la de crear en los deudores la creencia legítima de que no les será exigido el pago de la deuda, creencia cuya concurrencia no consta acreditada. En realidad, el único periodo en el que podría considerarse producida una actuación poco diligente de la entidad bancaria anormal en perjuicio del deudor es el previo a la interposición de la demanda de ejecución hipotecaria. El empleado durante su sustanciación no es imputable a la entidad acreedora. En cuanto al posterior (desde el año 1997 al 2009), aun siendo inusualmente largo, no parece que haya existido causa alguna distinta a una deficiencia organizativa en la entidad acreedora." Y la Sentencia AP Las Palmas (Sección 4ª) de 26 octubre 2012: "En este caso lo único que ha habido ha sido silencio de la parte que se dice acreedora. Durante mucho tiempo, pero sin llegar a consumir todo el plazo de la prescripción, que entonces es, de 15 años. Pero el simple silencio en las relaciones jurídicas tiene un tratamiento en la ley, del que no es posible prescindir. Se trata de la prescripción. Por la simple falta de





reclamación los derechos sólo se extinguen cuando transcurre el plazo de prescripción. Todo otro tratamiento distinto es, sencillamente, ilegal. Nadie puede ser privado de un derecho por no reclamarlo, salvo que pase el tiempo legalmente establecido para ello, es decir el plazo de prescripción. Por consiguiente, para que pueda aplicarse la doctrina del llamado retraso desleal tiene que haber algo más que la mera falta de reclamación. Algún acto que haga pensar a la parte en principio deudora que ya no se reclamará y que debe de probar la actora. Pero aquí no existe ningún acto de dicha clase. Sólo silencio de la acreedora, aunque por plazo inferior al que la ley exige para la prescripción.”

Esta afirmación que se realiza por la parte demandada no encaja dentro del artículo 7 del Código Civil. En el presente caso, no hay prueba alguna por la entidad bancaria que justifique que la parte actora ha mantenido la pasividad e inactividad en el ámbito del préstamo que se exige por la jurisprudencia, y por tanto, para esta juzgadora no concurren los requisitos fijados por la doctrina y la jurisprudencia para su aplicación.

De la doctrina de los actos propios

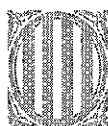
La parte demandada alega que en el presente caso resulta aplicable la doctrina de los actos propios.

La Sentencia del Tribunal Supremo 760/2013, de 3 de diciembre, es muy clarificadora y sintetizadora en relación con la teoría de los actos propios al establecer que:

“La doctrina que se invoca constituye un principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire) como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad: así se expresan las sentencias de 9 mayo 2000 y 21 mayo 2001. Se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica, dice la sentencia de 22 octubre 2002, la cual reitera lo que había dicho la de 25 octubre 2000 en el sentido de que tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce; confianza que también destacan las sentencias del 16 febrero 2005 y 16 enero 2006 así como que es doctrina asentada en el principio de la buena fe; fundamento en el que insiste la sentencia de 17 octubre 2006. Lo que reiteran sentencias posteriores, como las de 2 octubre de 2007, 31 octubre 2007, 19 enero 2010 y 1 de julio de 2011; esta última destaca, además de reiterar todo lo anterior, que implica una vinculación jurídica, debe ser muy segura y ciertamente cautelosa”.

Ahora bien, no cualesquier acto está sujeto a este principio, pues como bien afirma la STS 77/1999, de 30 de enero (posteriormente reiterada por las SSTS 01/07/2011, 28/12/2011, 31/01/2012 y 09/03/2012),

“para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que





encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (Sentencias de 10-6 y 17-12-1994, 30-10-1995 y 24-6-1996)".

De forma más expresa, los actos que están viciados excluyen la aplicación de la doctrina, pues

"esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (SS., entre muchas otras, de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987; 15 de junio de 1989; 18 de enero y 27 de julio de 1990), además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza (SS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988), lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia"(STS 31/01/1995).

Así pues, y sin que quepa margen a error, *"la doctrina de los actos propios, con fundamento en la protección de la confianza y la regla de la buena fe, se formula en el sentido de que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real" (SSTS 12-3-08 y 21-4-06), exigiéndose que tales actos sean expresión inequívoca del consentimiento (SSTS 7-6-10, 20-10-05 y 22-1-97) o que resulten inequívocos, no procediendo su alegación cuando los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8-5-06 y 21-1-95), de modo que debe constatarse la incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (SSTS 25-3-07 y 30-1-99) y no ha de existir ningún margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS 12-7-97 y 27-1-96)" (STS 21/06/2011)".*

Por otro lado, la regla según la que nadie puede ir contra sus propios actos constituye una verdadera norma jurídica, emanada de la buena fe, límite impuesto al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7 del Código Civil), de modo que la iniciativa de su aplicación corresponde en exclusiva a los Tribunales, sin necesidad de previa invocación de las partes, conforme al brocardico *iura novit curia*, que permite a los mismos resolver los litigios con aplicación de normas distintas de las invocadas por los litigantes, por más que respetando siempre los hechos alegados y la causa de pedir (STS 353/2005, de 18 de mayo).

En el caso de autos esta teoría no puede aplicarse, ya que, como reiteramos, esta teoría no puede predicarse en aquellos casos en que hay ignorancia o conocimiento equivocado. No hay prueba alguna por la entidad





demanda que acredite estos extremos.

En definitiva, no puede invocarse esta teoría, máxime cuando la iniciativa de su aplicación corresponde en exclusiva a los Tribunales, sin necesidad de previa invocación de las partes.

CUARTO.- Acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. Consumidor.

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula de un contrato es o no abusiva al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). La primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor; y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

Respecto a la primera cuestión, el artículo 3 del TRLGDCU, contiene una definición legal según el cual *"a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*. De forma sustancialmente semejante el art. 2 de la LCGC. No resulta controvertido que [REDACTED] y [REDACTED], tiene la consideración de consumidora, tal y como hemos señalado anteriormente. La demandada no lo discute.

En cuanto al segundo elemento, el apartado 1 del artículo 1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como aquellas *"cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*

Tal precepto ha sido desarrollado por la STS de 9 de mayo de 2013, en cuyos fundamentos jurídicos 137 y 138, establece un elenco de cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que una cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar preredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sedeccat.justicia.gencat.cat/AP/consultasCSV.html> Codi Segur de Verificació: 2UXEVZCZTICSHAFXP0X0A4NZ5B7J90
Data i hora 09/07/2019 15:22
Signat per Rocío Alamo, Jemntier;





c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Centrándonos en la cláusula impugnada objeto de procedimiento resulta evidente que nos hallamos ante una condición general de la contratación. Son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos y que son preredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, las convierte en una condición general de la contratación. De hecho, la experiencia y práctica judicial demuestra que el cliente no tiene capacidad alguna de negociar la incorporación de tales cláusulas, sino que forman parte de las condiciones que le impone el banco para concederle la financiación requerida a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante cláusulas impuestas, por lo que procede el control de su abusividad.

La demandada BANKIA, S.A., no lo discute, y en todo caso tampoco justifica la existencia de verdadera negociación individualizada respecto a la cláusula impugnada aportando siquiera el más mínimo indicio documental que así lo indique.

QUINTO.- Control judicial de abusividad.

En materia de protección de consumidores y usuarios, tanto las condiciones generales de la contratación como las cláusulas aisladas no negociadas individualmente están sometidas a dos tipos de control judicial: el control de inclusión y el control de contenido.

Tanto las cláusulas suscritas entre empresarios y profesionales como las verificadas entre éstos con consumidores, ya afecten a elementos esenciales del contrato, es decir, los definitorios del mismo o contenido económico, como los relativos al contenido jurídico o normativo, están sometidas a un inicial control común de inclusión o incorporación prevista en los arts. 5 y 7 de la LCGC. El art. 7 LCGG en relación al deber de redacción de las "cláusulas generales" ajustadas "a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" (art. 5.5 LCGC). Se trata de una transparencia documental o gramatical de la cláusula.





Una vez superado ese primer filtro el control de contenido se distingue según el tipo de cláusula que se trate. Por un lado, las cláusulas relativas al contenido económico (precio) a un control de transparencia. Y, por otro lado, las comprendidas en el contenido jurídico o normativo del contrato (cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios, comisiones o la de gastos) a un control de desequilibrio objetivo en el que se examina la eventual existencia de un perjuicio para el consumidor por el desequilibrio en términos de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

Nos encontramos precisamente en este segundo supuesto. La cláusula de gastos y mora objeto de impugnación no se refiere *“a la definición del objeto principal el contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”* (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), lo que no es objeto de discusión ni resulta controvertido por las partes. Por lo tanto, es susceptible de ser enjuiciada en su contenido desde la perspectiva de la abusividad de los arts. 82 y ss. del TRLGDCU.

Dicha disposición (actual art 82 del TRLGDCU y anterior art. 10 bis de la LGDCU) establece que *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

Debe examinarse si en el caso concreto la cláusula en cuestión opera una adecuada distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario, o por el contrario debe calificarse como abusiva, es decir si se trata de *“...una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante que no hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada”* (STS de fecha 23 de diciembre de 2015)

Asimismo, en todo caso, los arts. 85 a 90 del TRLGDCU fija una serie de supuestos en los que partiendo de la existencia de dicho desequilibrio considera que existe abusividad. Destacamos, en lo que ahora interesa el art. 89 del TRLGDCU al mantener que *“...tienen la consideración de cláusulas abusivas:*

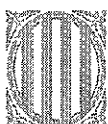
1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Codi Segur de Verificació: 2UXEY20ZZTICSHAFXP0X0A4NZ5B7J8G

Signat per Rocío Alamo, Jennifer;

Dec. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sijat.judicial.gencat.cat/AP/iconaConsultaCSV.html>

Data i hora: 09/07/2019 16:22





2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación."

SEXTO.- Cláusula de gastos.

La cláusula de gastos impugnada se encuentra en la cláusula quinta del préstamo hipotecario de fecha 5 de abril de 2007 que se da por reproducida dada su extensión.

En base a la STS 23 de diciembre de 2015, como la dictada por nuestra Audiencia Provincial de referencia, Sentencia 188/2016, de fecha 10 de marzo de 2016 y las más recientes 139/2018 (demandada BANKIA, S.A.), 140/2018 (demandada BBVA,SA) y 142/2018 (demandada CAIXABANK, S.A.), todas ellas de 23 de abril, así como la 152/2018, de 25 de abril y 155/2018, de 26 de abril

Codi Segur de verificació: 2UXEY2OZZTICSHAFXP0X0ANZEB7J80

Signat per Rosaló Alamo, Jennifer

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sejcat.judicial.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora: 09/07/2019 16:22





(en ambas demandada BANCO SABADELL, S.A.), se llega a la conclusión de que se trata de una cláusula absolutamente omnicomprendiva y genérica que incluye pluralidad de conceptos a cargo del consumidor prestatario, en términos genéricos e inconcretos, tales como los tributos o gastos, sin distinción alguna, vulnerando la norma aplicable en cada caso y provocando una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor. Se infringe claramente el art. 89.3 a) TRLGDCU sin precisar exactamente qué partidas se integran en cada uno de dichos grupos.

En efecto, desde la perspectiva del control de contenido, la generalidad, imprecisión e imputación indiscriminada al prestatario de cada una de las partidas de gastos denunciadas (por ejemplo impuestos, tributos, gastos de notaría, registrales, tasación del inmueble o gestoría) supone un desequilibrio en perjuicio del consumidor y en beneficio de la entidad predisponente, pues se le imponen gastos que contravienen e infringen la norma aplicable en cada supuesto. Y todo ello en base a lo dispuesto por el TS en sentencia de 23 de diciembre de 2015 y las de AP de Girona antes señaladas.

Ello conduce a la declaración de nulidad de pleno derecho, por abusiva, y la consiguiente expulsión contractual de la cláusula de gastos de conformidad con los arts. 82 y 83 TRLGDCU (anterior art. 10 bis.2 LGDCU), 8.2 LCGC y artículos 3.1 y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Dicha nulidad no incidirá en la eficacia del contrato dado que puede, perfectamente, subsistir sin esa previsión (art. 6.1 de la Directiva de Cláusulas Abusivas, 10.1 LCGC y art. 83 TRLGDCU)

SÉPTIMO.- Restitución de cantidades. Doctrina de la Ilma. AP de Girona.

Decretada la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos debemos entrar sobre la acción de restitución de cantidades ejercitada de forma acumulada. Debe precisarse que la STS de 23 de diciembre de 2015 antes señalada fue dictada en ejercicio de una acción colectiva y tanto ésta como la SAP de Girona de 10 de marzo de 2016, fueron dictadas en procedimientos en los que no se interesó la restitución de cantidades satisfechas por la prestataria. En el caso que nos ocupa, sin embargo, se ejercita acumuladamente a la pretensión de nulidad una acción de restitución de cantidades por lo que para el supuesto de estimarse la acción principal de nulidad de la condición general de la contratación, su eliminación y expulsión del contrato, resultará que ante la falta de previsión o regulación pactada deberemos atender a la legislación vigente sobre cada gasto para resolver la cuestión.

En efecto, una cosa es el control de la cláusula de gastos y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor dependerá en cada caso de

Doc. electrònic generat amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sacet.justicia.gencat.cat/A/Procesos/CSV.html> Codi Segur de verificació: 2UXEY/2OZZTICSH#FXFDYGA4N25B7J9C
Data i hora 04/07/2019 15:22
Signat per Rocio Alamo, Jernifier:





lo que establece el derecho positivo.

El Tribunal Supremo, en las recientes Sentencias 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas ellas de 23 de enero, y la Sección Primera de la AP de Girona en Sentencias 139/2018, 140/2018 y 142/2018, de 23 de abril, 152/2018 de 25 de abril y 155/2018 de 26 de abril, entre otras, ya se ha pronunciado sobre esta cuestión que tanta disparidad de criterios ha levantado, considerando que el préstamo/crédito hipotecario es una operación que interesa a ambas partes (entidad financiera y cliente) y que lleva aparejada una serie de gastos propios y necesarios para el buen fin de la operación, de forma que éstos, consistentes en los notariales, gestoría y tasación, se satisfarán por partes iguales. Los de registro que corresponde en su totalidad a la entidad financiera.

Ahora bien, en relación a los gastos notariales precisar que las copias emitidas serán a cargo de aquella parte que las haya interesado, y se concreta que la copia autorizada que se inscribe en el Registro de la Propiedad también será por mitad.

En lo referente al Impuesto de AJD se sigue la doctrina del TS en Sentencias nº 147/18 y 148/18, de fechas 15 de marzo de 2018, que concluye que el impuesto corresponde al prestatario. Lo que se confirmó recientemente por Sentencias de la Sala III del TS nº 1669/18, 1670/18 y 1671/18, de fecha 27 de noviembre.

Siguiendo la misma Sentencia de 15 de marzo de 2018 el impuesto por el papel matriz correspondería al prestatario y por las copias a aquella parte a cuyo favor se expidieron.

Esta doctrina de distribución de gastos derivados de la operación con garantía hipotecaria se aplica tanto a la operación de financiación como a la de modificación o novación, pues considera el TS que ambas partes están interesadas en tal modificación o novación.

Por el contrario, las cancelaciones, en tanto que liberan la carga real hipotecaria tan solo interesan a la prestataria, quien deberá asumir los gastos que se generen, tanto notariales como registrales.

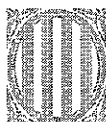
De este modo procede reconocer el importe de la mitad de los gastos generados por la operación de financiación con garantía hipotecaria, salvo el registro que procede en su integridad, y con exclusión del impuesto, lo que en este caso y habida cuenta los concretos servicios reclamados por la demandante asciende al importe de 803,22 euros.

De acuerdo con el art. 1303 del C.c. con la finalidad de restablecer la situación de hecho anterior al acto nulo procede la condena de intereses desde que se hiciera efectivo cada uno de los importes cuya restitución se ha acordado.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sejcat.justicia.gencat.cat/AP/iconstatistaCSV.html> Codi Segur de verificació: 2UXNEV2OZZTICSHAFXP0X044N25B7J8D

Signat per Rocío Alamo, Jennifer.

Data i hora 09/07/2019 15:22





Por lo demás, conviene precisar que la demandante justifica cumplidamente el pago y satisfacción de las sumas reclamadas habida cuenta la documental adjuntada a la demanda consistente precisamente en las facturas en cuestión, no impugnada de contrario, así como ante la falta de prueba por parte de la demandada.

OCTAVO.- Cláusula de intereses moratorios, cláusula sexta.

La parte actora solicita la nulidad de los intereses moratorios contenida en la cláusula sexta del préstamo hipotecario de fecha 5 de abril de 2007 (6 puntos porcentuales).

La Junta de Magistrados de las dos secciones de la Audiencia Provincial de Girona, reunidos en Pleno no Jurisdiccional de fecha de 30 de noviembre de 2.005, completado y aclarado por los de 1 de diciembre de 2006 y de 14 de septiembre de 2009, así como por el posterior de fecha 28 de noviembre de 2012, acordó proceder a un control de oficio del tipo de interés reclamado y determinó que las demandas en las que el tipo de interés fuera superior en 2,5 veces el legal del dinero, al considerarse abusivo, se inadmitirían y archivarían, de acuerdo con la Sentencia del TJUE 14 de junio de 2012. Dicho Acuerdo fue aplicado posteriormente por Autos de la Ilma. AP de Girona de fecha 8 de mayo de 2013 y 11 de marzo de 2013, entre otros.

Ahora bien, actualmente es doctrina de la AP de Girona (Autos de fecha 8 de febrero de 2017, 25 y 17 de enero de 2017 y 19 de febrero de 2016) seguir la fijada, a su vez, por el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de abril de 2015 y 8 de septiembre de 2015, en cuanto a préstamos personales, y de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 respecto de los préstamos hipotecarios. Se mantiene que es abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, atendiendo al parecer a lo establecido en el art. 576 LEC regulador de los intereses de mora procesal. Doctrina inicialmente generada para los contratos de préstamo sin garantía real y extendida después a los créditos hipotecarios por motivos de seguridad jurídica y conveniencia de establecer un criterio objetivo, sin apreciar razones para separarse en los créditos hipotecarios del criterio adoptado para los préstamos personales.

Y además, la misma Jurisprudencia se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por la declaración de abusividad, pronunciándose el T.S. en el sentido ya indicado respecto al límite de los intereses de demora, en la sentencia 265/2015, de 22 de abril ; y en la STS de 3-06-2016, última de las citadas, reitera que para realizar el control de abusividad ha de tenerse en cuenta la doctrina del TJUE, según la cual, el límite legal previsto en el art. 114.3 LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Procede extender el criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora de préstamos

Codi Segur de Verificació: 2LJXEY2OZZTCS:HAEXP0X0A4NZ5B7J90

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://eocat.justicia.gencat.cat/ajp/consultaCSV.html>

Signat per Rocío Alamo, Jennifer.

Data i hora: 09/07/2016 16:22





hipotecarios y, por tanto, fija el límite de abusividad en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

La nulidad de la cláusula en cuestión se mantiene en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, que “La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución”. La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora representa la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. Dicha doctrina se sigue por la Ilma. AP de Girona.

Máxime teniendo en cuenta la reciente STJUE de 7 de agosto de 2018 (asuntos C-96/16 y C-94/17), donde el TJUE ha avalado dicha interpretación del TS y sus consecuencias. Así, establece que *“En cuanto al extremo de determinar si la Directiva 93/13 se opone a la aplicación de un criterio jurisprudencial como el expuesto [...] cabe recordar que la citada Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información”* para finalmente concluir que *“la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal”*.

En relación a las consecuencias –es decir, la aplicación del interés remuneratorio-, dispone que el juez nacional está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor pero sin que esté facultado para variar su contenido. También recuerda que la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de nulidad obliga al juez a anular el contrato en su totalidad, lo que no ocurre en el presente supuesto. Pues bien, acaba concluyendo respecto a la aplicación del interés remuneratorio que *“de la Directiva no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio [...]”*. Y ello en base a la distinta finalidad del interés

Codi Segur de Verificació: 2UXEY2OZZTICSH4FXP0X0A4NZ5B7J80

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sejcat.justicia.gencat.cat/A/P/consulteC/SV.html>

Signal per Ròdio Àlamo, Jernifier.

Data i hora 09/07/2019 15:22





remuneratorio frente al moratorio.

Por lo tanto, procede declarar el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora que fija el interés un tipo superando claramente en más de dos puntos el interés retributivo pactado con los efectos descritos anteriormente.

NOVENO.- Intereses

Las cantidades que son objeto de condena en la presente sentencia, se incrementarán con los intereses legales devengados por cada una de ellas, desde el momento en el que se efectuó su pago por el consumidor (ex art. 1.303 del CC).

Dichas cantidades devengarán los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC (interés legal más dos puntos porcentuales) desde el dictado de la presente sentencia.

DÉCIMO.- Costas.

La estimación íntegra de la demanda, STS 4/7/2017 y la inexistencia de serias dudas de hecho o jurídicas imponen la condena en costas a la entidad demandada (artículo 394 de la LEC)

Es más, la Ilma. AP de Girona mantiene en Sentencias nº 139/18 y 140/18, ambas de fecha 23 de abril, dictadas contra BANKIA, S.A. y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.; así como la nº 178/18, de fecha 9 de mayo, contra BANCO SANTANDER, S.A., todas ellas de la Sección Primera:

“De conformidad con el artículo 394 de la L.E.C. y sentencia del T.S. de 4 de julio del 2.017 , que aunque se refiere a la imposición de costas en los litigios de cláusula suelo, su jurisprudencia puede ser también aplicable al presente, de acuerdo con los principios de no vinculación y efectividad del Derecho Comunitario, es procedente la condena en costas a la demandada, dado que, por un lado, la acción de nulidad de la cláusula de gastos fue estimada y su nulidad se mantiene, debiendo la entidad bancaria demandada haberla suprimido sin necesidad de reclamación y ofreciendo, en el caso de los gastos, la cantidad que según su criterio era procedente pagar a cada parte en atención a las diversas sentencias de las Audiencias y del Tribunal Supremo que se estaban dictando, en cuyo caso, se hubiera apreciado que existiría buena fe. Al no haber actuado de tal forma, negarse a pagar cantidad alguna y haber obligado al consumidor a acudir a los Tribunales, y a pesar de la estimación parcial de la demanda, deben ser impuestas las costas a la demandada.”

Codi Segur de Verificació: 2UXEVZCZTICSHAFXPDKDAANZ5E7JS0

Signat per Rocio Alamo, Jermiller,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sigcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 09/07/2018 15:22





FALLO

ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda presentada por doña ELISENDA PASCUAL SALA, Procuradora, en nombre y representación de [REDACTED] y de [REDACTED], contra BANKIA, S.A., y:

1. DECLARO la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la cláusula quinta del préstamo hipotecario de fecha 5 de abril de 2007 y su correspondiente eliminación.
2. CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de 803,22 € más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fecha de pago de cada uno de los importes objeto de condena.
3. DECLARO la nulidad de la cláusula sexta relativa a los intereses moratorios, eliminando la citada cláusula de la préstamo hipotecario de fecha 5 de abril de 2007 y teniéndola por no puesta, devengándose únicamente el tipo de interés remuneratorio pactado,
4. CONDENO a la entidad demandada a las costas del proceso.

Notifíquese la presenta sentencia a las partes, haciéndose saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la LEC)

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejeat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultacSV.html>

Codi Segur de verificació: 2UXEVZQZTICSHAFXP0XDANZ3E7J90

Signat per Rocio Alamo, Jemifer;

Data i hora 09/07/2016 16:22





Doc. electrònic garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2UXEV2CZZTICSHAFXP0X0A4NZ5B7J80
Data i hora 09/07/2010 15:22	Signat per Rocío Alamo, Jennifer;

