

**AUDIÈNCIA PROVINCIAL  
SECCIÓ PRIMERA  
GIRONA**

**APEL·LACIÓ CIVIL**

**Rotlle núm. 547/2014**

Actuacions: procediment ordinari núm. 829/2013

Jutjat Mercantil 1 Girona

**SENTÈNCIA NÚM. 350/14**

**PRESIDENT**

Fernando Lacaba Sánchez

**MAGISTRATS**

Carles Cruz Moratones

Núria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, trenta de desembre de dos mil catorze

Hem vist el rotlle d'apel·lació núm. 547/2014, en el qual ha estat part apel·lant  
, representada per la procuradora ROSA BOADAS VILLORIA i dirigida pel  
lletrat FERRAN CASELLAS BAS, i part apel·lada l'entitat  
representada pel procurador CARLOS JAVIER SOBRINO  
CORTÉS i dirigida per la lletrada ... la actuat com a ponent  
en la vista d'aquest recurs el magistrat Carles Cruz Moratones.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El Jutjat Mercantil 1 Girona, en les actuacions 829/2013, que se segueixen a  
instància d'en , representat per la procuradora ROSA BOADAS  
VILLORIA i defensat pel lletrat FERRAN CASELLAS BAS, contra l'entitat

representada pel procurador CARLOS JAVIER SOBRINO CORTÉS, i defensada pel lletrat va dictar Sentència la decisió de la qual, literalment copiada, diu així: "**FALLO:** Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por don / representado por el Procurador de los Tribunales doña Rosa Boadas Villoria, contra la entidad de crédito / , representada por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Sobrino Cortés, ABSOLVIENDO al demandado de todos los pedimentos deducidos de contrario. Sin expresa imposición de costas".

**Segon.** La part demandant va recórrer en apel·lació contra la Sentència esmentada i per aquest motiu les actuacions es van elevar a aquesta Audiència, i es van seguir els tràmits establerts a la LEC.

**Tercer.** En la tramitació d'aquest recurs s'han observat les prescripcions legals corresponents.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Acceptem els de la Sentència contra la qual s'apel·la, excepte en allò que es dirà.

**Segon.** En el present procediment ordinari, el prestatari d'un préstec hipotecari reclama la declaració de nul·litat de la clàusula sòl del contracte celebrat amb l'entitat bancària i que se li retornin les quantitats pagades en virtut de la clàusula sòl des de la data d'efectes perjudicials de la clàusula (4.7.08) i que quantifica en 8.595 € més interessos legals i, a més, aquelles quantitats que s'hagin pagat en aplicació de la dita clàusula des de la interposició de la demanda fins la resolució definitiva del plet. La sentència d'instància desestima la demanda sense imposició de costes. Contra tal decisió s'alça la part demandant.

**Tercer.** Quan a la clàusula sòl, no és declarada abusiva per part del jutge d'instància en base a la doctrina assentada pel Tribunal Suprem en la seva sentència de 9 de maig de 2013, en el sentit que malgrat abordar des de l'òptica de la transparència pel consumidor, la prova testifical practicada arriba a la conclusió –de manera que no compartim– que la part deutora va poder disposar de una informació transparent i clara sobre el limit mínim (sòl) que es fixava als interessos

remuneratoris quan aquests s'allunyaven del de referència (Euríbor més 1,250 punts de diferencial).

Hem de dir que la decisió judicial analitza la existència de la dita clàusula en primer lloc des de l'òptica de la inclusió en el contracte i posteriorment de la seva transparència, és a dir, si resulta raonable o no, concloure que el client que accedia a la compra de l'habitatge gràcies a la constitució d'una hipoteca vinculada al préstec que rebia, podia tenir el coneixement del contingut d'una limitació a l'interès variable que havien pactat. I el jutge primer ho analitza des de l'òptica de la ubicació de la clàusula dins del contingut de l'escriptura de concessió del préstec (control d'inclusió). No hi troba cap inconvenient en aquest judici.

**Quart.** Però no compartim aquest anàlisi de la prova practicada. Es pot observar que a) no hi ha cap referència clara a que la dita clàusula limitadora és un element principal del contracte (no es destaca especialment ni per la tipografia ni per la sistemàtica) sinó que es denomina " 3.3 Límite a la variación del tipo de interés aplicable" quan en realitat és un interès mínim; b) sembla vincular-se la limitació a la baixa de l'interès mínim a satisfer a una limitació a l'alça, com si fossin contraprestació l'una de l'altra, quan ja baixava el tipus de l'Euríbor a partir de la novació del contracte (26.5.08), amb la qual cosa la desproporció entre ambdós límits (la clàusula sòl era del 4% i la de sostre – a efectes només hipotecaris- de 9,875 % era més evident, a la vegada que enganyosa (pels efectes només de la garantia hipotecària); c) tampoc existeix en l'escriptura (o en document annex) cap tipus d'exemple o simulació del comportament previsible dels tipus d'interès.

Dues precisions més hem de fer a la vista dels arguments de la recurrent pel que fa ara al judici de transparència (element subjectiu de la capacitat del client per conèixer l'abast de la dita clàusula).

La primera ve centrada en la importància que es dóna de la inexistència de l'oferta vinculant i del fullet informatiu per comprovar el judici de transparència. Aquesta oferta elaborada per la demandada –se suposa- no apareix -de manera inexplicable- en les actuacions. No s'explica perquè no la va aportar en el seu moment l'entitat cosa que hagués simplificat el debat i ajudat a entendre la seva argumentació. Només tenim la referència de l'escriptura notarial que en foli 16 revers recull una sèrie de comprovacions i advertiments i en el primer d'ells es diu que "no existeixen discrepàncies entre l'oferta vinculant i les clàusules financeres contingudes en l'escriptura". Però no podem donar per fet que l'existència d'aquesta afirmació feta

pel Sr. Notari sigui suficient per superar el test de transparència al qual abans ens hem referit per les següents raons: a) perquè pot tractar-se d'una clàusula d'estil com la de que apareix en el foli 17 revers que es contradiu obertament amb la del foli 31 de l'escriptura originària de 8.11.06 en les quals es fa referència a si el client va tenir o no a la seva disposició el projecte d'escriptura i si va renunciar a ell i que, sens dubte, prové d'un formulari diferent d'escriptura. Però es que tampoc ha quedat clar que se li hagués lliurat al client la dita oferta vinculant (després analitzarem a part la prova testifical practicada); b) que si ja hem dit que de l'escriptura no es té informació suficient per fer veure a un consumidor mig que es tracta d'una clàusula essencial o principal en el contracte i de la rellevància que tindrà pel client i si l'oferta vinculant era coincident amb l'escriptura es veu arrossegada per la mateixa manca de transparència; c) Tampoc ha demostrat l'entitat bancària haver lliurat prèviament al seu client el fullet informatiu amb la inclusió de clàusula sòl ni la comparativa amb altres ofertes de la competència; d) com ja hem dit, estava en mans de la pròpia recurrent que aportés a les actuacions la dita oferta i el fullet informatiu i no ho ha fet.

La segona qüestió fa referència a l'Ordre de 5.5.94. Aquesta és una disposició d'obligat compliment als préstecs hipotecaris fins a 150.000 € (25 milions de pessetes) a fi de garantir transparència a les condicions financeres dels préstecs amb garantia hipotecària destinats a l'adquisició de l'habitatge habitual. La recurrent manifesta que ha seguit els criteris de l'esmentada Ordre però no ha demostrat (per la prova testifical practicada) que s'hagués lliurat ni el fullet informatiu amb clàusula sòl ni la comparativa entre les diferents ofertes de les principals entitats de crèdit. Recordem el que es diu en l'Exposició de Motius de la dita Ordre: *"..La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.*

*Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.*

*A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo*

*hipotecario, advirtiéndolo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del citado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda....."*

Tampoc podem dir que tinguem constància del lliurament de l'oferta vinculant que també preveu l'article 5 de l'Ordre comentada. Ni sabem amb certesa que la part demandant tingués constància prèvia de quin seria el Notari autoritzant de l'escriptura de 2006, com preveu l'article 7.2 de la dita disposició, per poder examinar el projecte d'escriptura. Aleshores, no té consistència l'argument de la entitat bancària conforme es van seguir les prescripcions de l'esmentada Ordre de la Presidència per justificar que se li va oferir tota la transparència exigida en el cas. És cert que en la data de 2006 no era d'obligació aquella Ordre perquè el préstec era superior als 125.000 € però si ho era en la novació posterior a l'any 2008, com assenyala el jutge d'instància (la llei 41/2007 va modificar l'Article 48.2 de la Llei 26/1988 Sobre Disciplina i Intervenció de les Entitats de Crèdit el qual va ser desenvolupat en l'Ordre de 1994 esmentada). Si l'entitat ja aplicava l'Ordre de 5.5.94 en benefici dels seus clients encara que no hi estigués obligada, resulta obvi que calia fer-ho en el sentit de tenir informats als seus clients abans de prendre qualsevol decisió de contingut econòmic. O bé demostrar aquest coneixement del seu client per altres camins diferents al de l'oferta vinculant o del fullet informatiu.

**Cinquè.** Ens raona la demandada les avantatges pel consumidor de pactar una clàusula sòl. No ho dubtem. Però cal que es donin dues condicions: 1) que sigui plenament informat de les conseqüències immediates i mediates (per tant, conegui quina ha estat l'evolució i previsió de l'Euríbor si aquest és l'índex de referència) i 2) que realment a la vista de la informació rebuda pugui codecidir amb l'entitat quin ha de ser el sòl mínim que haurà d'abonar des del primer moment de la vida del préstec o a partir del moment que l'interès ja sigui variable. Si es donen aquestes condicions es tractarà d'una clàusula plenament lícita i eficaç, com ja ens recorda el Tribunal Suprem. Però aquí del que es tracta és que no hi va haver la deguda informació al client abans de comprometre les seves obligacions que serien efectives des del primer moment en què l'interès ja fos variable.

Cal fer especial menció a dues circumstàncies en la valoració de la prova que han estat fonamentals pel jutge d'instància. La primera, és la valoració de la prova

testifical practicada en el judici. Revisada aquesta prova compartim amb el jutge que 1) no es versemblant concloure de les seves declaracions que el client va tenir opció de negociar les condicions de la hipoteca (FJ2). Aquesta venia en una minuta procedent de l'assessoria jurídica de l'entitat ("totes eren iguals" diu el Sr. )i tal qual anava a la Notaria.; 2) que el discurs dels dos testimonis era "...artificial i amb indicis de prèvia preparació..." (foli 374, FJ 5). Efectivament de les seves declaracions es comprova que hi ha una memòria selectiva malgrat que havien transcorregut més de 6 anys de la novació de l'escriptura originària. Així el Sr. l recorda que es va lliurar al demandant un fullet informatiu però no recorda si es va fer el mateix amb l'oferta vinculant (molt més important que el fullet); recorda perfectament que es va informar al client però no recorda si es van fer algunes comparatives amb altres productes de l'entitat. No sap segur si va participar en la novació del 2008 (!). Per la seva banda el Sr. afirma que se li van fer simulacions per pantalla (es refereix al pla d'amortització amb l'import de les quotes previsibles) però no comparatives amb altres productes de l'entitat. Els dos parlen de "acotació mínima" per referir-se a la clàusula sòl i de la "acotació màxima" com es pot llegir en la contestació a la demanda en clara contraposició a la "acotació mínima", cosa que confirma que era fàcil induir a error al client. De la redacció de la contestació es constata que, a més d'aquesta contraposició dels dos límits d'interès (encara que segons l'escriptura ho és només a efectes hipotecaris) pel client, sembla que s'atribueix una malèfica intenció del client (les referències a la seva "mala fe", "enriquiment injust", "sacar tajada", "miente") per demanar l'aplicació de la doctrina del T Suprem en la seva sentència de 9.5.13 sobre la necessitat d'examinar la transparència. Res a objectar. Està plenament en el seu dret a demanar aquesta aplicació com molts d'altres consumidors i lògicament no ha d'impugnar la clàusula sastre ("a efectos hipotecarios") perquè no el perjudica. Res a dir. I no és acceptable l'argument de que ho ha acceptat i convalidat amb el seu compliment durant tants anys. Però si no ha prescrit un dret, sempre es pot demanar el seu reconeixement.

En el seu conjunt probatori no compartim la valoració de la prova testifical de la sentència impugnada. Quan sobre un fet que habitualment es documenta, cal tenir certa prevenció quan no hi ha cap documentació i només sens ofereix la prova testifical. I si aquesta va realitzada per persones dependents d'una de les parts la prevenció ha de ser reforçada. I si finalment resulta que el seu relat és detecta poc espontani ("artificial" en paraules del jutge d'instància) i contradictori no pot suportar el gruix de la sentència. D'aquí que no puguem arribar a la mateixa valoració probatòria del jutge d'instància.

I cal afegir encara una segona circumstància que el jutge es recolza per construir la seva valoració i de la qual no hem trobat cap mena de prova que ho acrediti. Es diu en la sentència que el client demandant va contractar el producte hipotecari del Banc Popular quan ja tenien una hipoteca anterior amb clàusula sòl i això demostra que el client ja sabia el significat i l'abast d'aquesta classe de clàusules. Però el recurrent –en el seu ben construït recurs- nega aquesta afirmació i no hem trobat cap prova documental que així ho acrediti, ni tampoc que el propi demandat ho afirmi en la seva contestació a la demanda. Cal destacar que la part demandada havia proposat la prova d'interrogatori de la part demandant i en el judici va desistir d'aquella prova que hagués pogut aportar informació al respecte. Però en haver seguit aquella estratègia processal ara ha d'arrossegar-ne les conseqüències.

En conclusió, doncs, tots els arguments de la sentència del jutge d'instància (a partir del Fonament Jurídic Cinquè) per no estimar nul·la per abusiva la clàusula sòl aplicada no són compartits per la Sala i estimem que ha de ser declarada nul·la per abusiva, per la seva manca de transparència.

**Sisè.** L'altra pretensió de la demanda és la retroactivitat de la mesura de nul·litat, és a dir, que aquesta ha de tenir efectes des de que comença a produir efectes la celebració del contracte (ex tunc).

Aquesta no es un qüestió pacífica entre la jurisprudència menor atès que hi han decisions en un sentit i en el contrari. I la raó principal és que les unes, les favorables a la irretroactivitat, es fonamenten gairebé exclusivament en la sentència del Tribunal Suprem de 9.5.13 en la qual proclama, en el paràgraf 293, i epígraf 10 de la part dispositiva que la declaració de nul·litat no afectarà als pagaments efectuats en anterioritat a la data de la seva publicació. Les altres, favorables a la retroactivitat, consideren entre d'altres motius, que no es aplicable a les reclamacions individuals el criteri de no retroactivitat proclamat pel Tribunal Suprem en aquella sentència.

La Sala comparteix plenament el criteri de la retroactivitat dels efectes de la nul·litat de la clàusula sòl i ja ho hem resolt en el rotlles 360/2014 i 461/2014. Els motius els exposem a continuació

**Setè.** Sorgeix la necessitat d'analitzar, en primer lloc, si la doctrina de la STS 9.5.13 es o no aplicable al cas present. Compartim plenament els raonaments del jutge

d'instància en el sentit que no estem davant del mateix supòsit contemplat pel TS sinó en un cas diferent. Així no estem davant d'una acció col·lectiva de cessació prevista en la LCGC en la qual no s'hi afegia cap reclamació de quantitat. Per tant, en aquell procediment només es demanava un pronunciament de caràcter general sobre unes condicions contractuals que determinades entitats bancàries imposaven als seus clients. Ni tan sols es demanava que es fixés l'abast de la declaració de nul·litat que postulaven determinades associacions de consumidors, però en el qual el TS hi va entrar a instància del Ministeri Fiscal. I és important remarcar que la raó per la qual el TS va voler evitar que els efectes de la nul·litat declarada (quan la clàusula sòl fos imposada al client consumidor sense la deguda informació prèvia per construir un consentiment sòlid i informat) afectés als pagaments anteriors a la sentència, estava a parer d'aquesta Sala, plenament justificat per la necessitat de preservar la seguretat jurídica i evitar una alteració d'ordre públic (econòmic). En efecte, si es feia una declaració general de nul·litat de la clàusula sòl quan hi concorregués una manca de la deguda informació facilitada al client de l'entitat bancària (control de transparència) era precís que existís un examen ad hoc de cada cas concret. Aleshores, aquest anàlisi individual del cas resultava incompatible amb una declaració d'efectes ultra partes o erga omnes que hagués pogut produir un caos en el sistema perquè podria produir-se un impagament generalitzat de les quotes dels prestataris per manca de la deguda precisió del Tribunal. Dit en altres paraules, si el TS considerà que les clàusules sòl per se no són nul·les, sinó només en els casos en que s'han pactat (millor, dit, s'han adherit els clients) sense la deguda informació de la seva literalitat i també de les seves conseqüències, era lògic i prudent no fer una declaració generalitzada (era una acció col·lectiva de cessació) i indiscriminada dels efectes retroactius de la nul·litat. Recordem que la STS diu el següent: *"... 300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes ofrecen en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos..."*

Afegirem només a modus de referència de caràcter general que la jurisprudència del TS - quan sigui doctrina reiterada (amb alguna excepció, com recull la STS 18.5.09) - completarà l'ordenament jurídic que després de l'entrada en vigor de la Constitució



ve determinat per: 1) la pròpia Constitució i la jurisprudència constitucional i del TEDH; 2) els tractats internacionals publicats a Espanya; 3) els Reglaments de la UE i les Directives comunitàries en determinats aspectes i la jurisprudència del TJUE; 4) les lleis nacionals en sentit ampli; els costums; 5) i els principis generals del Dret. Amb això volem dir que aquesta és la jerarquia de fonts a la qual s'han de cenyir els Tribunals espanyols.

**Vuitè.** Establert doncs, que no pot ser d'aplicació automàtica la doctrina de la sentència del TS de 9.5.13 perquè no concorren les mateixes circumstàncies, hem d'entrar en quina ha de ser la disposició legal aplicable sobre els efectes de la nul·litat: l'article 1303 del Codi Civil. Aquest disposa que *"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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes."*

Els articles 1304 fins 1314 que segueixen no són d'aplicació al cas present.

I els tribunals que ha s'han pronunciat en favor de la retroactivitat han acudit a l'esmentat article 1303 del CC per considerar que l'entitat bancària havia de reintegrar aquelles diferències que es deriven d'haver aplicat l'índex de referència de la clàusula sòl en lloc de l'índex variable pactat amb caràcter ordinari i amb els interessos corresponents a cadascuna. Si aquesta diferència entre un índex i l'altre s'ha pagat per aplicació d'una clàusula (sòl) que es declara posteriorment nul·la, cal reintegrar la diferència (*"...restituirse recíprocamente..."* en termes de l'article 1303 citat).

Així ja ho havia vingut aplicant el TS en altres sentències com la de 22.4.05 (que cita les de 30.12.96 i 26.7.00) quan deia que : *"...La declaración de nulidad acordada se refiere a una cláusula contractual, la cual se tendrá por no puesta, de conformidad con el art. 10.4 LGC y U . La consecuencia económica procedente, que constituye el efecto jurídico de la declaración, es la de que se reintegren los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma. Así se deduce del art. 1.303 CC , cuya finalidad es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador ( SS. 30 diciembre 1.996 y 26 julio 2.000 ); así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial ( S. 26 julio 2.000 ), pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología*

*contractual. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que se trata de una nulidad parcial, que no trasciende a la totalidad del negocio.*

Però es que si a més es tracta d'evitar -de manera excepcional- la retroactivitat dels efectes d'una declaració de nul·litat quan pot produir-se un enriquiment injust per alguna de les parts (com va ser el cas de la STS de 13.3.12 o la de la STS 26.2.09), resulta en el cas com el que tractem precisament que l'enriquiment injust es produeix si no donem efectes retroactius a la decisió, doncs resultaria que l'entitat bancària hauria percebut unes quantitats anteriors a la declaració de nul·litat sense un consentiment informat respecte una clàusula contractual perquè ha resultat que era abusiva. Així, l'argument de la retroactivitat juga exactament en favor de l'evitació de l'enriquiment injust per una part. Si es reintegren les quantitats percebudes indegudament resta l'equilibri entre les prestacions de la resta del contracte que ha quedat vigent.

I aquest tipus de debat ja s'ha suscitat en els darrers anys en el casos de nul·litat de la clàusula d'arrodoniment a l'alça en la revisió dels préstecs hipotecaris on es va condemnar en la instància a la devolució als clients de la quantitats cobrades en excés, com es recull en les Sentències del TS de 2.3.11;29.12.10 i 4.11.10. La similitud amb el cas present resulta evident.

En conclusió, la interpretació favorable a la retroactivitat està en línia amb la jurisprudència del TS que considera –en casos de reclamacions individuals- que la norma en cas de nul·litat d'una clàusula és l'aplicació de l'article 1303 del CC i l'excepció només es pertinent quan es tracti d'evitar un enriquiment injust o una situació de falta d'equitat o contrari a la bona fe (en la línia del criteri que l'article 106 de la Llei 30/92 estableix per les limitacions a la revisió de decisions administratives i d'altres específics que esmenta la pròpia STS de 9.5.13). I en la mateixa línia es troba el TJUE en la seva Sentència de 21.3.13 quan admet que amb caràcter excepcional es pot acudir al principi de seguretat jurídica per a no qüestionar situacions establertes de bona fe. I en aquest cas, per aquesta raó, cal acudir a l'examen de cas per cas per veure si realment els efectes han estat derivats d'una relació jurídica ja establerta sobre bases de bona fe dels contractants. Si realment la clàusula qüestionada ha estat declarada abusiva per manca de transparència, no podem partir de que els seus efectes han estat assentats en la bona fe.

I ja hem dit abans que precisament la decisió presa en la sentència del TS de 9.5.13 ha volgut preservar la seguretat jurídica davant d'una declaració ultra partes, amb

fonament al contingut del seu fonament jurídic dinovè. D'aquí que sigui procedent el litigi individual posterior que permeti analitzar totes les circumstàncies concurrents i a continuació resoldre sobre els efectes a la situació concreta.

Aquesta és la solució legal que el dret nacional espanyol ha previst pels casos de nul·litat d'una clàusula contractual en general. I aquesta és la solució a la que ens avoca el "principi de no vinculació" contingut en l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CE sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors quan diu que "*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en el contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*". I el TJUE en sentències de 26.4.12 i de 30.5.13 ha reiterat la necessitat de preservar al consumidor dels efectes d'una clàusula qualificada com abusiva. Fins i tot l'informe de 27.4.00 de la Comissió Europea (esmentat en la sentència del TS de 9.5.13, paràgraf 285) sobre l'aplicació de l'esmentada Directiva 93/13 declara que "la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato(ex tunc)." (en el capítol 4 "Sancions" de l'informe).

Novè. També el Dret Espanyol regula pels consumidors en l'article 83 del Text Refòs de la Llei General per a la defensa de Consumidors i Usuaris (TRLGCU) que diu "*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.*"

I aquest precepte es fruit de la redacció donada per la Llei 3/2014 que es va aprovar arran de les sentències del TJUE de 14.6.12 i de 30.5.13 que van proclamar que la redacció anterior que permetia la facultat moderadora de les clàusules abusives era contrària a l'article 6.1 de la Directiva 93/13. Per a més precisió transcrivim el següent de la darrera de les esmentades sentències:

56 "*Sobre la cuestión de si el juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal, puede limitarse a moderar el importe de la pena contractual prevista por esa cláusula, como le autoriza, en el presente caso, el artículo 94, apartado 1, del BW, hay que señalar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva prevé expresamente en el segundo fragmento de la frase que el contrato celebrado entre el consumidor y un profesional siga siendo obligatorio para las partes «en los*

*mismos términos» si puede subsistir «sin las cláusulas abusivas».*

*57 El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados 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. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 65).*

*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)".*

No hi cap dubte, doncs, que si la conseqüència que donem a una declaració de nul·litat d'un contracte individual d'una entitat bancària amb un consumidor és la de que ha de mantenir una part dels seus efectes intactes (des de la celebració del contracte fins la declaració judicial de nul·litat) difícilment aquest criteri dissuadiria als professionals de no incloure des de l'inici cap clàusula d'aquestes característiques. Per tant, aquest també és un argument amb línia amb la jurisprudència europea sobre els efectes d'una clàusula sòl declarada nul·la per abusiva.

En conclusió, el Dret nacional dóna solució jurídica clara i precisa sobre els efectes de la nul·litat d'una clàusula d'un contracte d'adhesió i a ell cal atènr-se, com disposa la reiterada jurisprudència europea que interpreta la Directiva 93/13.

Atès que la prova pericial aportada no ha merescut cap mena d'oposició per la part demandada, cal estar al seu contingut i atendre la petició de la part demandant sobre la quantia reclamada.

Desè. L'estimació del recurs i també el que ja s'ha dit sobre els dubtes de dret sobre la qüestió més important controvertida, obliguen a no fer imposició de les costes causades per aquest recurs, en aplicació de l'article 398.2 en relació l'article 394.1 de la LEC ni tampoc de les de la instància.

## DECISIÓ

1. **ESTIMEM** el recurs d'apel·lació interposat per la procuradora ROSA BOADAS VILLORIA.

2. **REVOQUEM** la Sentència dictada pel Jutjat Mercantil Girona 1, en les actuacions de judici Procediment ordinari núm. 829/13 de les quals dimana aquests Rotlle, i **ESTIMEM** la demanda interposada per [redacted] contra l'entitat [redacted] i declarem nul·la per abusiva la clàusula 3.3 de l'escriptura atorgada davant el Notari Sr. [redacted] en el dia [redacted] de 2006 (protocol número [redacted] i de la clàusula 3.3 de l'escriptura atorgada davant la Notaria Sra. [redacted] en el dia [redacted] de [redacted] de 2008 (protocol número [redacted] i condemnem la part demandada a pagar la suma de 8.595 € fins la presentació de la demanda amb més els interessos legals des de la demanda, i de la suma pagada en aplicació de la clàusula sòl a partir d'aquest moment fins al moment de l'execució, sense imposició de les costes de la instància.

No fem especial pronunciament sobre les costes causades en aquesta alçada.

Contra aquesta sentència hi cap recurs de cassació per interès cassacional davant el Tribunal Suprem, en els termes indicats en l'article 476-2-3ª i 3 de la LEC.

També hi cap recurs extraordinari per infracció processal d'acord amb l'article 469 i la Disposició Final 16 de la LEC.

Procediu a la devolució del dipòsit constituït per la part demandada, en aplicació de l'apartat 8 de la mateixa disposició addicional.

Expediu testimoniatges d'aquesta resolució, uniu-los al rotlle corresponent i trameteu-los al Jutjat de procedència, juntament amb les actuacions originals.

Aquesta és la nostra Sentència que, jutjant de manera definitiva, pronunciem, manem i signem i que es dipositarà al Llibre de sentències d'apel·lació.

**PUBLICACIÓ.** En data d'avui, el magistrat ponent, Carles Cruz Moratones, ha llegit i publicat la Sentència anterior en audiència pública. En dono fe.