|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| CORDOBA | |  | |
| **Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) Auto num. 187/2014 de 30 abril; AC\2014\1000** | | | |
| Pronunciamiento | | La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba **declara haber lugar en parte** al recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante frente al Auto, de fecha29-11-2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Lucena en procedimiento de ejecución hipotecaria. | |
| Analisis: | | Estima que de la lectura de la estipulación contractual en la que se contiene la cláusula suelo no se desprende que los prestatarios pudieran conocer de manera efectiva que realmente no estaban contratando un préstamo a interés variable, sino un préstamo a interés fijo -el 3%- únicamente variable al alza. Por lo que resulta claro que tales condiciones generales tuvieron como efecto que cuando la situación de los mercados financieros propició una bajada de los tipos de interés, los prestatarios se encontraran de manera sorpresiva con que su pretendido interés variable no era tal, pues en la práctica sólo podía variar al alza y nunca bajaba del 3%, con independencia de las oscilaciones del referencial.  De acuerdo con esta sentencia, este es el escenario descrito en la Sentencia nº 241/13 del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo , cuando dice que "el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente". Así como que "la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato". En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto ( SSTS 406/2012, de 18 de junio ; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo ). En consonancia con ello, la Sentencia nº 241/2013 , tras resolver que las cláusulas-suelo forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), decide que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no. El enfoque del Tribunal Supremo es el de comenzar por los requisitos de incorporación para concluir que, aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se le facilite un ejemplar - arts. 5 y 7 LCGC ), con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia apelando, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias es, precisamente, que se da a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": "(las) propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. Variabilidad al alza que no es una mera cuestión teórica, sino que se pone de manifiesto cuando se revisa la liquidación del saldo deudor.  Conforme a lo expuesto, la cláusula controvertida en este caso incurre en todos los supuestos por los que el Tribunal Supremo consideró que había falta de transparencia, pues no consta que hubiera información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; no se hicieron simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hubo 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; y la cláusula se ubicó en la escritura de préstamo entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedó enmascarada y que diluyeron la atención de los consumidores. De tal manera que si la cláusula empleada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con los ejecutados supera el control de transparencia/inclusión, a efectos de su incorporación como condición general en los contratos, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores. Y es que 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 informe del Banco de España indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que, en frase afortunada de la Sentencia de Pleno 241/2013 , "el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza". Además, ha de tenerse muy presente lo establecido por el Tribunal Supremo en lo relativo al reparto de riesgos entre las partes, que incide netamente en la falta de transparencia; diciendo la Sentencia 241/2013 : "Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de Espala '[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes" (...). "Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia (lo que es trasladable a la cláusula de autos, añadimos nosotros), dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como 'variable'. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza", según antes resaltamos. Concluyendo el Tribunal Supremo, el control abstracto de abusividad de una cláusula: "a) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente. b) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. Y c) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo".  Así las cosas, por tanto, cabe confirmar el criterio del auto apelado que califica como abusiva la cláusula suelo objeto de controversia; pues una cosa es que las entidades bancarias estén facultadas (y obligadas) a imponer topes o límites a los tipos de interés, y otra que deban hacerlo dentro del respeto de las normas de transparencia bancaria, de la debida información al cliente y de los criterios de la buena fe contractual. Aplicando la doctrina al caso concreto, se aprecia que en la cláusula tercera del préstamo diferencia un tipo de interés inicial, a aplicar en el primer semestre (3'50%) y luego otro variable, al revisarse, al alza o la baja (1 punto adicional al euribor). Ahora bien, también se establece la cláusula suelo transcrita, cuyos términos son claros pero esta cláusula suelo no pasa el nivel mínimo de trasparencia, pues tratándose el tipo de interés un elemento definitorio del objeto principal del contrato, falta una información suficientemente precisa y clara de cuál era ciertamente el tipo de interés. En conclusión, el tipo de interés hay que deducirlo de diversos apartados del contrato, lo que puede inducir a confusión al consumidor, pues la cláusula se encuentra entre una gran cantidad de datos en una extensa escritura de hipoteca que diluye la atención del prestatario. Además, se inserta de forma conjunta la cláusula suelo con la cláusula techo, lo que distorsiona la información que se facilita al consumidor, pues se le presenta el techo como aparente contraprestación o factor de equilibrio del suelo, dándose la circunstancia que el euribor nunca ha estado por encima del 6% (en concreto, en julio 2008 al 5,393%). Si a lo que precede se une el que no haya quedado acreditado (cuya carga correspondía a la parte ejecutante, art.217 L.E.C . ) que haya habido información previa clara y comprensible sobre esta cláusula o sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo a los hoy ejecutados, ni que se haya hecho simulaciones de escenarios relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y que la aplicación de tales condiciones han tenido como efecto que, cuando la situación de los mercados financieros propició una bajada de los tipos de interés, los prestatarios se han encontrado de manera sorpresiva con que su pretendido interés variable no era tal (como dice la Sentencia de Pleno 241/2013 , el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza), es claro que en el supuesto de autos la cláusula suelo incurre en todos los supuestos por los que el Tribunal Supremo ha considerado que había falta de transparencia y por ello su carácter abusivo. | |
| Critica o contraste | | Son múltiples las resoluciones que últimamente ha dictado esta Audiencia Provincial en relación con ejecuciones hipotecarias en las que, entre otras cuestiones, se planteaba la abusividad de la denominada "cláusula suelo" (por citar sólo algunas de las más recientes, Autos de 27 de enero y 4 de marzo pasados). A su vez, decíamos en tales resoluciones que, sobre la declaración de abusividad de la condición general de la contratación que incluye la denominada "cláusula suelo", en contratos de préstamo hipotecario en los que los prestatarios son consumidores, en vía declarativa y conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios , se ha pronunciado esta Audiencia Provincial en cuatro ocasiones previas, siempre partiendo de las conclusiones establecidas por la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo . En la primera de las sentencias, de **21 de mayo de 2013 ,** se resolvió una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores y el Ministerio Fiscal; y en las otras tres, de 13 de junio, 31 de octubre y 8 de noviembre de 2013, se trataron sendas acciones individuales. Las antedichas resoluciones han versado sobre cláusulas que establecían un suelo o tope mínimo al interés variable que debían abonar los prestatarios de entre el 3% y el 4,5%, con un techo en todos los casos del 12%; y en ellas, confirmando en dicho particular las sentencias de instancia, se concluyó la abusividad y consiguiente nulidad de tales condiciones generales de la contratación | |
|  | |  | |
| **Sentencia de 27 de marzo de 2014 Audiencia Provincial de Jaén, Sección: 1, Nº de Recurso: 201/2014, Nº de Resolución: 126/2014; Ponente: MARIA FERNANDA GARCIA PEREZ** | | | |
| Pronunciamiento | Recurso de apelación con la Sentencia de 17 de Diciembre de 2013 del Juzgado de PI nº 4 de Jaén con fecha.que estimó la demanda presentada en representación de Dª Otilia contra CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA (BANCO MARENOSTRUM) declarando 1/) la nulidad de la estipulación que establece en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3'50% y cuyo contenido literal es: "en cualquier caso, la caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer como mínimo al tipo del 3'5% nominal anual; y como máximo al tipo del 14% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca. 2/ Condene a la demandada: a eliminar dicha condición del contrato de préstamo suscrito con la demandante; a la devolución de la cantidad de 12.718'20 euros, abonada de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con los  intereses devengados desde la fecha de cada cobro; a la devolución de las cantidades que se vayan pagando de más por aplicación de la referida cláusula suelo, desde el día 31/10/13, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, y hasta la resolución definitiva del pleito". | | |
| Análisis | EL recurso se centra en 1) error en la apreciación de la prueba, respecto a la consideración de la cláusula impugnada como condición general de la contratación, sobre la apreciación de la falta de transparencia, y 2) sobre la valoración de la condición de Magistrada de la prestataria, y como segundo motivo, infracción de la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la irretroactividad de la nulidad declarada.  a) Sobre el error: lo que se le exige al Banco es que acredite que la cláusula suelo techo incluida en el préstamo hipotecario suscrito por la demandante fue conocida y aceptada libre y voluntariamente por ésta al suscribir el préstamo, es decir, que ha cumplido el deber de información y transparencia, para lo cual ha aportado prueba documental (escritura y certificado de concesión del préstamo) y testifical (empleada del banco) que ha sido valorada como insuficiente por el Magistrado de instancia, y que esta Sala comparte, sin que pueda aceptarse el alegato genérico del apelante de que se le está exigiendo una prueba diabólica, dada la mayor facilidad probatoria de la entidad (217.7 LEC) para aportar la documentación que obre en el expediente de contratación, por lo que si no lo ha hecho esa falta de prueba debe pesar en su contra, pues otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura, esta vez sí, una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia *STS* 44/2012, de 15 de febrero de 2012 , RC 93 2009, reproduciendo la doctrina constitución al, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.  En el análisis de los argumentos desplegados para sustentar el error en la valoración de la prueba, sigue la doctrina contenida en la STS de Pleno de 9 de mayo de 2013:   1. Sobre la errónea consideración de la cláusula suelo impugnada como condición general de la contratación   En el *caso concreto* , de la prueba practicada ha de concluirse que la cláusula suelo techo impugnada es una condición general, prerredactada por la propia entidad apelante, destinada a ser incorporada a una generalidad de préstamos hipotecarios como el de autos, y no negociada individualmente.  2.Sobre la errónea apreciación de falta de transparencia en la cláusula suelo impugnada  La cláusula suelo será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: Véase párrafo 263.  b) Infracción de la doctrina de la STS 241/2013 sobre la irretroactividad de la nulidad declarada.  Se cuestiona el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas en base a esa cláusula nula, desde la fecha del contrato, lo que implica en este caso la devolución por el apelante de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la cláusula suelo. Tal efecto declarado en el art. 1303 CC no había sido cuestionado hasta el dictado de la STS de Pleno referida cuando se declaraba la nulidad por abusividad de las cláusulas de intereses moratorios contenidas en los préstamos hipotecarios, lo que implicaba que la ejecución continuaba pero minorada en el importe de esos intereses, ya cobrados, lo que ciertamente era una restitución patrimonial, y así vino acordándose por esta Audiencia Provincial desde el auto de 15 de julio de 2013 de la Sección 2ª, recogiendo la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y teniendo en cuenta la reforma operada en la LEC y LH por la Ley 1/2013, siéndolo a partir de aquella precisamente porque acuerda la irretroactividad, pero entendemos que lo hace y así lo dice aplicando razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias para que eliminen las cláusulas suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico.  Pero antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional sí declara que la regla general es la retroactividad (…)Siendo, a continuación, cuando nuestro Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de limitar la retroactividad, al establecer que "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 )",* citándose a continuación sentencias del TC en que se ha acordado esta irretroactividad, la STS de 21 de marzo de 2012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso señala que la STJUE de 21 de marzo de 2013 permite dicha limitación cuando concurra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo  de trastornos graves.:  Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo  ***SAP Cáceres 24-02-2014* :** tras declarar que se venía acordando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en las sentencias dictadas en los procesos de acciones individuales, por entender, que era un efecto jurídico inherente a la declaración de nulidad de la cláusula, en aplicación del *Art. 1303 del Código Civil , atendiendo lo resuelto por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 (* .."Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico...) declara la irretroactividad de la 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". La misma conclusión se había adoptado ya en otras anteriores como la de 19-11-2013.  **- *SAP Burgos de 28-01-2014* :** sostiene que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de la nulidad de la cláusula-suelo la ha resuelto expresamente la *STS de 9-05-2013 ,* añadiendo además como argumento para sostener la irretroactividad que "la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que puede derivarse de la interpretación sistemática del art. 8.1 en relación con el art. 10.1 y 10.2 de la LCGC, en cuya virtud la no incorporación de la cláusula o la declaración de nulidad no determinará la ineficacia total del contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, extremo éste sobre el que debe de pronunciarse la sentencia, como ha hecho el Tribunal Supremo. Además, se reconoce en esos preceptos el principio de infracción conforme al art. 1258 CCv y con ello, la posibilidad de que el Juez valore la posible retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la Ley y, en extensión de esta última, el propio orden público económico", así como que es la solución acogida por un sector importante de *Audiencias Provinciales* , citando las de *Cádiz, Sección 5ª de 13 de mayo de 2013,Cáceres, Secc. 1ª de 8 de noviembre de 2013* (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), y *Córdoba, Sección 3 ª, de 31 de octubre de 2013* .  **- *SAP Badajoz de 14 de enero de 2014****:* tras expresar que *en Sentencia anterior de 26 de febrero de 2013 se había entendido* que la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo, afectaba a los pagos ya realizados, tal criterio ha de ser revisado a la luz de la doctrina contenida en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , acogiendo sus razones y declarando la irretroactividad, siendo* de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el *art. 1.6 del C. Civil* .  ***- SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014*** *: extracta la STS de 9 de mayo de 2013 en cuanto a los factores valorados a partir del parágrafo 293, y resuelve: "* Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el *art. 1.6 del Cc* le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como pueden ser la *sentencia de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 23 de julio de 2013* , *las de 20 de junio* y *2 de octubre de 2013 de la Sección Primera de la AP de Cáceres* , *la de 17 de mayo de 2013 de la Sección Quinta de la AP* de Cádiz, entre otras .Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada".  **- *SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013***, razona que no cabe acoger la doctrina del TS en lo que nos gusta, la abusividad, y rechazarla en lo que no nos gusta, la retracción de los efectos de la nulidad, y que no corresponde a los Tribunales de instancia corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado la irretroactividad acogiéndose a que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya lo han aplicado en alguna ocasión, y también el TJUE permite esa limitación de la retroactividad por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves, por lo que y aun dejando constancia de la diferencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, siendo muchos los Juzgados de lo Mercantil que han acordado la restitución de las cantidades abonadas, se inclina por acordar la irretroactividad, citando otras sentencias que compartes su criterio (las *Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de su Sección 5ª de 17 de mayo de2013* ) o Madrid ( *Sentencia de la Sección 28ª de 23 de julio de 2013* ).  - ***SAP Granada de 18 de octubre de 2013***: considera aplicable la doctrina de STS de 9 de mayo de 2013 también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales, al considerar que pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto se mantiene en el caso la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno, y también que se trata de una cuestión singular, las consecuencias de la nulidad  de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato litigioso, pero que no provoca la nulidad total del contrato, sino parcial, "por lo que careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la *STJUE de 14 de junio de 2012* , parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad. Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después".  **- *SAP Madrid de 28 de julio de 2013***: tras recoger la doctrina del TS expresa "Visto lo expuesto, no existiendo motivos que justifiquen apartarse de la referida doctrina, procede estimar parcialmente el recurso y estimar la demanda únicamente en cuanto se refiere a la pretendida declaración de nulidad y a la forma de cálculo, en lo sucesivo, del interés pactado, sin dar lugar a la pretendida restitución de cantidades pagadas en exceso".  **- *SAP Cádiz de 17 de mayo de 2013*** *:* aplica la solución del TS sal considerar que resuelve la cuestión, reproduciendo la doctrina contenida en la misma.  Y el otro sector de Audiencias Provinciales que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 CC , considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco.  Podemos citar:  - ***SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 (F.J. octavo****):* "..El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC :" *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 sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes* ."; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra ( STS de 23 de junio de 2008 , entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege , constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual , siendo de alcance , no solo a los contratos declarados nulos , sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas . Pues bien, ello así, aun cuando Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ...niega el efecto retroactivo de la Sentencia,  también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesoria de condena a la restitución (como prevé el artículo 12 de la L.C .G.C ), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...".  **- *SAP Barcelona 16-12-2013* :** en el apartado 17 (La condemna a la devolució de l'excés cobrat).Reproduce la doctrina de la referida STS en su apartado 283, relativa a que la regla general es la retroactividad, por aplicación del principio *quod nullum est nullum effectum producit* y del art. 1303 Cc , y entiende, que es la que debe aplicarse al caso, y no la solución de irretroactividad acordada por el Alto Tribunal al ser acciones distintas y no haber en este caso riesgos de trastornos graves en el orden público económico, dice así: "En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. Jose Ángel , ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes *ex tunc* ). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul·litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la *STS de 9*  *de maig de 2013* (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic). En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul·la, amb els interessos corresponents".  ***SAP Alicante de 12 de julio de 2013***. Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: "el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las **cláusulas** abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1 ), sobre las **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012 , y dos de 30 de mayo de 2013 , en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una **cláusula** los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados " *a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha* ***cláusula*** ". En Base a ello, considera "la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor,no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la **cláusula** abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos". Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: "en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo,y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas **cláusulas**) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las **cláusulas** abusivas declaradas nulas. Y se concluye que : "La legislación interna española tiene recursos más que conocidos ( *art. 1303 del Código Civil* , *art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* , *arts. 9* y *10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* ) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una **cláusula** abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses".  **- *SAP Alava 9 de julio de 2013***: tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: "la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc",y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 Cc , así : "El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la **cláusula** afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la **cláusula suelo**"; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la STS de 21 de marzo de 2012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la **cláusula suelo** solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente si que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1303 Cc .  Esta Sala, en la línea de este segundo grupo de Audiencias Provinciales, aun siendo consciente que es minoritario con respecto al primero, y compartiendo los acertados razonamientos del Magistrado de lo Mercantil, entiende que procede declarar la retroactividad de la nulidad de la **cláusula suelo**, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 , por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las **cláusulas suelo** abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las **clausulas suelo** de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y  no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos. | | |
| Critica contraste. | RETROACTIVIDAD | | |
|  |  | |  |
| JAEN |  | |  |
| **Au. Prov. De Jaen Sección 1 , Sentencia de 25 de junio de 2014, nº 272 Ponente MARIA FERNANDA GARCIA PEREZ** | | | |
| Pronunciamiento | | estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 26 de febrero de 2014 , en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 328 del año 2013, debemos revocarla, y en su lugar estimar la demanda contra Mare Nostrum, declarando nula por abusiva la **cláusula suelo** techo contenida en la escritura de préstamo de 28 de mayo de 2009, condenando a la entidad a devolver al actor la cantidad cobrada en virtud de esa aplicación, fijada en 11.919,65 euros, imponiendo las costas de la primera instancia al banco demandado, sin hacer expresa imposición de las causadas con el recurso y acordando la devolución del depósito constituido para recurrir | |
| Analisis | | Sobre abusividad cita la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. “En el análisis de los argumentos desplegados para sustentar el error en la valoración de la prueba, seguiremos la doctrina contenida en la STS de Pleno de 9 de mayo de 2013”  **Sobre Retroactividad sigue su criterio.**  Esta Audiencia Provincial viene manteniendo en casos similares la retroactividad desde la sentencia de 27 de marzo de 2014, por lo que se reproducen los argumentos contenidos en la misma.  En nuestro ordenamiento, la declaración de nulidad de una **cláusula** por abusividad es una nulidad parcial (art. 9.2 LCGC, art. 10 bis LCU y 83.2 TRLCU) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013 .  Sin embargo, se cuestiona el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas en base a esa **cláusula** nula, desde la fecha del contrato, lo que implica en este caso la devolución por el apelante de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la **cláusula suelo**.  Tal efecto declarado en el art. 1303 CC no había sido cuestionado hasta el dictado de la STS de Pleno referida cuando se declaraba la nulidad por abusividad de las **cláusulas** de intereses moratorios contenidas en los préstamos hipotecarios, lo que implicaba que la ejecución continuaba pero minorada en el importe de esos intereses, ya cobrados, lo que ciertamente era una restitución patrimonial, y así vino acordándose por esta Audiencia Provincial desde el auto de 15 de julio de 2013 de la Sección 2ª, recogiendo la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y teniendo en cuenta la reforma operada en la LEC y LH por la Ley 1/2013, siéndolo a partir de aquella precisamente porque acuerda la irretroactividad, pero entendemos que lo hace y así lo dice aplicando razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias para que eliminen las **cláusulas suelo** de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico.  Pero antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional sí declara que la regla general es la retroactividad. Así expresa que nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus **cláusulas**, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el *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".*  *Así, como* afirma la *STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 se trata* " *[...] 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".*  También esa regla rige en el caso de la nulidad de **cláusulas abusivas**, ya que, como afirma la *STJUE 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 le 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, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03 , Rec. p. I-199, apartado 50;de 18 de enero de 2007, Brzeziñski, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu,C-263/10, apartado 32)".*  Siendo, a continuación, cuando nuestro Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de limitar la retroactividad, al establecer que "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 )",* citándose a continuación sentencias del TC en que se ha acordado esta irretroactividad, la STS de 21 de marzo de 2012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso señala que la STJUE de 21 de marzo de 2013 permite dicha limitación cuando concurra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.  Y, en el caso enjuiciado, tras valorar una serie de datos que expone: que son **cláusulas** lícitas en sí, derivando la ilicitud de la falta de transparencia, que son inusuales, han sido toleradas largo tiempo,la falta de transparencia proviene de la falta de información, que la finalidad del tope mínimo es mantener un rendimiento mínimo de estos activos...y finalmente que la irretroactividad causaría graves trastornos con trascendencia en el orden público económico, concluye declarando la irretroactividad de la nulidad declarada.  Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, y así entre las que acuerdan la irretroactividad lo hacen acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citar las de *SAP Cáceres 24-02-2014 , SAP Burgos de 28-01-2014 , SAP Badajoz de 14 de enero de 2014 , SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014 , SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013* , *SAP Granada de 18 de octubre de 2013 , SAP Madrid de 28 de julio de 2013 , SAP Cádiz de 17 de mayo de 2013 .*  Y el otro sector de Audiencias Provinciales que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 CC , considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. Podemos citar: *SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 SAP Barcelona 16-12-2013 , Voto particular de la SAP Alicante de 12 de julio de 2013 , SAP Alava 9 de julio de 2013 .*  *En la Sentencia de 27-03-2014* esta Sala sigue la línea de este segundo grupo de Audiencias Provinciales, declarando la retroactividad de la nulidad de la **cláusula suelo**, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 , por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las **cláusulas suelo abusivas**, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las c**láusulas suelo** de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos". Concluyendo en el sentido de que "Siendo, por tanto, la regla general de la retroactividad, no concurren en el caso las razones expresadas en la referida sentencia de Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional de la irretroactividad, como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso por el propio TJUE atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y la riesgo de trastornos graves.  Estamos ante una acción individual de un particular contra un Banco con el que tiene suscrito un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en orden a obtener la nulidad por abusiva de la  **cláusula suelo** contenida en el mismo y que se le devuelva el dinero indebidamente cobrado por la aplicación de la misma, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económicoa la entidad, pues la condena afecta a este caso concreto y el importe de la devolución es de 12.718'20 euros".  En aplicación de dicha doctrina, y dado que se ha aportado informe pericial por los actores, que calcula la cantidad pagada de más, y no ha sido impugnado, la entidad Banco Mare Nostrum (que no es ninguna de las entidades condenadas por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 , lo que excluye la apreciación de cosa juzgada) debe proceder a devolver 11.919,65 euros, importe abonado de más por la aplicación de tal **cláusula** desde el 28-5-2009 hasta el 28-11-2013.  En consecuencia, y conforme a lo expuesto, debe estimarse el recurso interpuesto, revocándose la sentencia de instancia, en el sentido de estimar la demanda, declarando nula por abusiva la **cláusula suelo** techo de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo la entidad devolver la cantidad cobrada con su  aplicación, cifrada en 11.919,65 euros. | |
| Crítica-contraste | | ADMITE RETROACTIVIDAD | |
|  | |  | |
| GRANADA | |  | |
| **Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) Sentencia num. 334/2013 de 18 octubre** **AC\2013\2041** | | | |
| Pronunciamiento | | La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada **declara haber lugar en parte** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la Sentencia, de fecha 25-03-2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de dicha localidad en juicio ordinario. El Juzgado dictó sentencia, por la que: *"Se estima la demanda interpuesta por Dñª. … contra Cajamar caja rural, sociedad cooperativa de crédito. En consecuencia, declaro la nulidad de la estipulación contenida en el contrato suscrito entre las partes cuyo contenido literal es "no obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al 15 por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3.25 por cien nominal anual". Asimismo, condeno a Cajamar caja rural, sociedad cooperativa de crédito, a devolver las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de dicha estipulación.* y a las costas | |
| Analisis | | La AP considera aplicable la doctrina de la irretroactividad también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales. En primer lugar, porque la doctrina determinante de la nulidad apreciada, aplicada a este caso, y en consecuencia a multitud de otros similares, por razones de seguridad jurídica y respeto al principio de igualdad, pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto, mantiene aquí también la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno. A su vez, también estiman que no cabe olvidar la singularidad de la cuestión, donde el Tribunal Supremo se enfrenta ante las consecuencias de la nulidad de una clausula, que según su propia doctrina, forma parte del objeto principal del contrato litigioso, cumpliendo una función definitoria o descriptiva esencial, pero que sin embargo no provoca la nulidad total del contrato. Careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012 , parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil , acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad.  La AP entiende que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, **concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después**. | |
| Crítica-contraste | | IRRETROACTIVIDAD | |
|  | |  | |
|  | |  | |
| GRANADA | |  | |
| **Juzgado de lo Mercantil de Granada Auto de 6 mayo 2014** AC\2014\617 | | | |
| Pronunciamiento | | El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada **declara** la suspensión del curso de las actuaciones.**,** en el estado en que se hallen, **HASTA QUE FINALICE EL PROCESO SEGUIDO EN EL JUZGADO DE LO MERCANTIL 11 DE MADRID, 741/2010.**  Caixabank SA fue demandad en el juzgado de lo mercantil 11 de Madrid ( Autos 471/2010) en acción colectiva de Condiciones Generales de la Contratación para el cese de la utilizacion de las cláusulas, como las del actor, que incorporan un suelo al prestamo con intereses.  En el presente procedimiento un particular interpone demanda de acción individual de Condiciones Generales de la Contratación pidiendo la nulidad de determinadas cláusulas que son supuestamente las mismas cuya nulidad se pretende, en acción colectiva, respecto de la demandada. La demandada plantea la prejudicialidad civil. | |
| Analisis | | De conformidad a lo previsto en el artículo 43 LEC y en el artículo 222 LEC en relación a la cosa juzgada y litispendencia y 221 LEC y siendo la litispendencia y la cosa juzgada dos caras de una misma moneda se debe proyectar el análisis de la primera en los efectos que se derivan desde la segunda para vincularlos, en su caso, a esa prejudicialidad pedida.  En tal sentido hemos señalado en otra resolución que en el ejercicio de una **acción colectiva** de entre las previstas en la Ley de condiciones Generales de la Contratación , el Tribunal Supremo resolvió la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación respecto de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de determinadas entidades financieras. En definitiva el alto Tribunal determina que su sentencia no afecta a otras ( definitivas) que tengan fuerza de cosa juzgada , que la misma afecta ( en cuanto a cosa juzgada) a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley"-y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que"[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".  Nos señalaba en su momento la St de la AP de Granada, Secc. 3ª de 18 de octubre de 2013 que "Por otra parte, resulta innegable, sin que realmente se cuestione por la apelante, que la cláusula que nos ocupa, incorporada a la escritura por minuta facilitada por la entidad acreedora, está destinada a una pluralidad de contratos, como por otra parte pone de manifiesto su gran similitud con cláusula prácticamente idéntica de la propia Cajamar, declarada nula por la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo ( Auto de Aclaración de 3 de junio de 2013 y Antecedente de hecho Primero de la Sentencia, apartado 5), ya que, como afirma la doctrina, se trata de un modelo de declaración negocial que tiene la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse".  Existirá cosa juzgada y por lo tanto sería aplicable lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LEC , bien entendido no solo en cuanto a cosa juzgada positiva sino también en cuanto a cosa juzgada negativa.  Como afirman las sentencias del Tribunal Supremo. 392/2006, de 19 de abril , y 164/2011, de 21 de marzo , «la cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que **trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inconmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales, de tal manera que no sea posible hacer efectivo en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, es decir, que con un nuevo litigio se sustraiga a los medios propios de cumplimiento y ejecución del proceso en que se declaró un derecho, su modo de hacerlo efectivo, vedando con ello al juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional sobre el asunto**[...]».  La cuestión es si el planteamiento de una acción colectiva- que tiene incidencia en una determinada cláusula- declarada ( por cualquier razón) nula **es susceptible de ser nuevamente enjuiciada al amparo de otra acción ( actio) en este caso individual y en concreto respecto del derecho de reparación** ( sea cual sea la naturaleza del mismo) en función de la nulidad decretada y sobre el que también- en este caso- se ha pronunciado ( hablamos de la retroactividad en la aplicación de reclamación de cantidades) la primera.  La demandante ha señalado que no es parte en dicho procedimiento y que en este se reclaman cantidades derivadas de dicha nulidad.  Hemos de matizar que la reclamación de cantidades por reintegración ( que se amparan en el marco del artículo 1.303 Cc que la **AP de Granada, Sección 3ª considera no aplicable en virtud de la señalada sentencia de 9 de mayo**) parte esencialmente de la acción de nulidad individual que se postula. Es decir la acumulación de la reclamación parte de una nulidad pedida en acción individual y vinculada a una nulidad que se puede declarar en una acción colectiva. De hecho la parte actora pide la nulidad por esa acción individual y no la reintegración de cantidades en función de una posible "ineficacia funcional" que es realmente la interpretación que este juzgador considera correcta en el marco de los artículos 10 de la LCGC y 1.303 Cc en interpretación adaptada a las circunstancias actuales.  El artículo 12 de la LCGC señala las acciones ejercitables en el marco de dicha normativa, distinguiendo entre acciones de declaración, de cesación y retractación. Y para ello el artículo 16 nos señala una legitimación colectiva que convive con la acción individual. Los efectos se recogen en el citado artículo 10 en tanto declaran la no incorpopración al contrato de las mismas y por ello , en cuanto a las colectivas, el tribunal Supremo aplica el marco del artículo 221 LEC el apartado 1.2º del mismo.  Cita La STS de 28 de octubre de 2013 que realiza un resumen de la doctrina sobre la cosa juzgada apreciada por el Tribunal Supremo, que a su vez cita la STS nº 853/2004, de 15 de julio , con invocación de las SSTS de 10 de junio de 2002 y 31 de diciembre de 2002  La cuestión , entonces, esencial es ver si coincide, al amparo de lo señalado la triple identidad requerida por la doctrina y por la legalidad vigente en los preceptos señalados partiendo de:  1º. La eficacia de cosa juzgada de la acción colectiva respecto de los consumidores.( esto nos identifica el ámbito subjetivo).  2º. Los hechos concretos en cuanto a la identidad de la causa de pedir por dos considerandos:  a) Por un lado por el hecho de tratarse o no de la misma cláusula.  b) Por el hecho de añadir en la acción individual la acción de reintegración de cantidades.  Y por ello también lo requerido en el marco del artículo 43 de la LEC en relación a ellos.  Señala que: el Tribunal Supremo ha matizado a tal efecto que 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.  Pero esta matización de sentencias anteriores **no obsta a la eficacia de cosa juzgada respecto de posteriores** y es precisamente lo que en doble sentido manifiesta la sentencia del alto Tribunal: no afecta a las ya dictadas y por tanto si afecta a las que se pudieran dictar.  Es trascendental por tanto lo anterior. Si la articulación viene por cualquier tipo de acción ( diferente) si la cuestión está ya resuelta o pendiente de ser resuelta es evidente que no puede volverse a declarar nula. Ello no impide analizar otras cláusulas pero no la que- como consecuencia de aquella sentencia- ha sido o pude ser como tal dejada sin efecto ( en este caso en el contrato con el actual litigante).  El Tribunal Supremo tiene declarado que la cosa juzgada material consiste en la inatacabilidad del fallo del juicio antecedente dentro del posteriormente promovido, y se funda en haber quedado satisfecha en aquél la misma pretensión que se propone en el siguiente ( STS 5 de junio de 1987 ), ya que lo contrario significaría, con total desconocimiento de los principios derivados de la seguridad jurídica, conceder la posibilidad de replantear indefinidamente una cuestión ante los Tribunales de Justicia, y al no afectar exclusivamente a intereses privados, debe ser apreciada de oficio ( SSTS 10 de noviembre de 1978 ó 2 de junio de 1994 ), distinguiéndose dos tipos de funciones:  a) Una función negativa, expresión del tradicional principio del "non bis in ídem", que impediría la iniciación de un nuevo proceso sobre la misma pretensión, y que significa que en el caso de que se iniciase, en el segundo proceso no podrá dictarse sentencia sobre el fondo, así la STS 13 de marzo de 1996 .  b) Una función positiva, que a diferencia de la anterior, no requiere que entre ambos procesos exista la identidad prevista en el art. 222 LEC , sino tan sólo que el objeto sea conexo, parcialmente idéntico o prejudicial, y no excluye una sentencia sobre el fondo, sino que, como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 1990 se impone al Juez posterior la obligación de aceptar la del anterior, "en cuanto sea conexa con la pretensión ante él ejercitada".  De conformidad, entre otras , a las STS 25 de mayo de 1995 , 30 de junio(sic) de 1996 , 24 de julio de 2000 , 15 de noviembre de 2001 y 10 de junio y 13 de diciembre de 2002 la cosa juzgada en el aspecto de la identidad de causa de pedir consistiría en:  a) la intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal:  b) la causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión o título que sirve de base al derecho reclamado;  c) la identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción; la identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi (causa de pedir), es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora ( STS de 7 de noviembre de 2007 , RC núm. 5781/2000).  d) no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se ha querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero;  e) la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada, impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado, y  f) el juicio sobre la concurrencia de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto o que pueda ser resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo.  No concurre en el presente que sucedan consecuencias jurídicas diferentes de la cuestión a tratar en el procedimiento de referencia dado que la misma es la solicitud de nulidad de algo que puede ser declarado nulo por la misma. Y si la consecuencia lo es en relación a la recuperación de cantidades la vinculación de una y otra a la acción principal evidencia la misma situación de identidad.  En esta comparativa no solo es interesante o necesario , conforme a la STS de 24 de septiembre de 2003 , RC núm. 4046 / 1997, analizar lo deducido en el primer proceso sino también lo que fue posible deducirse en él SSTS de 26 de junio de 2006 , 28 de febrero de 2007 , 6 de mayo de 2008 y 17 de junio de 2009 , RC núm. 2225/2004, por lo que el planteamiento de la acción de reintegración ( que fue resuelta como decimos) tampoco ( sin hechos nuevos ( STS de 10 de junio de 2002 , RC núm. 3887 / 1996 analiza un supuesto de coincidencia entre lo pedido -daños y perjuicios- y la causa de pedir ,pero sin ningún hecho jurídicamente relevante que integrara una nueva causa de pedir que justificara la nueva reclamación).  En relación a las acciones señala la SAP(sic) de Alicante Roj: AAP A 8/2014, Fecha de Resolución: 31/03/2014 que " por otro lado, no es posible entender que entre el proceso de acciones colectivas y los individuales que tratan sobre la misma cuestión, concurran, con la necesaria intensidad y exactitud, las tres identidades que exige el art. 222 LEC (de personas, cosas y acciones o causa de pedir), toda vez que entre aquél y éstos existen claras diferencias tanto subjetivas como en lo que se refiere a las acciones ejercitadas, pues la de acción **colectiva** (de cesación, retractación y declarativa, art 12 Ley 7/98 de Condiciones Generales de la contratación) es esencialmente una acción declarativa tendente a interpretar o aplicar con carácter genérico, una norma obteniendo, por lo que hace a la cesación, la eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas y la condena de uso futuro. En cambio en las **individuales** se trata de acciones declarativas y de condena o de reconocimiento concreto y específico de derechos. Es en este marco en el que debe interpretarse el artículo 11-1 LEC cuando, siguiendo el tenor de la legislación referenciada, recoge la legitimación de las asociaciones y otras entidades de consumidores para el ejercicio de acciones colectivas, señalando que tal legitimación lo es sin perjuicio de la individual que responde al derecho a la tutela judicial efectiva - art 24 CE - sin que de ello derive riesgo alguno para la seguridad jurídica por razón de resoluciones contradictorias pues los intereses en juego en cada una de las acciones es distinto, tal y como hemos señalado, y tanto más cuando, como es el caso, no consta ni que los demandantes formen parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el otro proceso ni tan siquiera que hayan sido llamados a ese proceso lo que, en todo caso, no puede constituirse ni en una obligación ni una carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva."  En los términos que hemos señalado se cubriría la identidad subjetiva ( respecto de los efectos de cosa juzgada derivados del artículo 221 .1.2º LEC , tomando en consideración además lo previsto en el apartado tercero de dicho 221.1 LEC. Pero también coincidiría, desnudo, el hecho mismo de la petición sobre la que se solicita nulidad en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.  Por último la identidad y consecuencia jurídica ( que la referida Audiencia señala es diferente en tanto acción declarativa en ambos casos pero legitimadora de derechos en el segundo) sería la misma en tanto nulidad ( entendida en los términos del artículo 10 LCGC por no incorporación o por nulidad) que en el presente supuesto van a ser tratados en el referido procedimiento.  Bien es cierto que una acción individual podría- como se ha señalado- plantear otros elementos nuevos jurídicamente relevantes ( STS de 10 de junio de 2002, RC núm. 3887 / 1996 )que determinen en relación a ello un nuevo pronunciamiento diferente. Esta es la contradicción que necesariamente ha de evitarse cuando los hechos son los mismos.  El artículo 43 LEc se refiere a la prejudicialidad civil, que es la alegada , en el ejercicio de una acción colectiva, en otro juzgado, y una acción individual en este. Si la cláusula es declarada nula en aquel procedimiento vinculará ( en los términos señalados) al resultado de este procedimiento y si por el contrario es desestimado podrá continuarse el mismo.  Es por lo tanto y dependiente del proceso que se señala que este debe quedar pendiente al anterior y en función de su resultado resolver. | |
| Critica-contraste | | PREJUDICILIDAD CIVIL. ANALISIS COSA JUZGADA  Auto de Juzgado de lo Mercantil de Granada de 29 de abril 2014 declara cosa juzgada. Solicitud de algo declarado ya nulo.  IRRETROACTIVIDAD DE LA AP DE GRANADA | |
|  | |  | |
| MALAGA | |  | |
| AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.  **SENTENCIA N.º 185/14 de 12 de marzo de 2014** | |  | |
| Pronunciamiento | | *Desestima íntegramente el recurso presentado confirmando ÍNTEGRAMENTE LA sentencia dictad por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga por la que se declaraba la NULIDAD del último párrafo de la cláusula tercera bis (primer párrafo del folio 14) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de febrero de 2008, del siguiente tenor literal “ El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 20% no inferior al 4,100% nominal anual”; y se condenaba a la entidad demandada a devolver a la actora, las cantidades cobradas en aplicación de la estipulación declarada nula, que de acuerdo con las bases referidas en la demanda ascienden a ocho mil noventa y siete euros con cincuenta y nueve céntimos (8.097,59 euros) por importes abonados hasta el mes de marzo de 2011, que*  *se incrementará incluido, que se incrementarán con las cantidades mensuales que se vayan devengando y se abonen por la actora en aplicación de la cláusula nula; condenando igualmente a la demandada , al pago de los intereses legales de las referidas cantidades desde la fecha de cada cobro; incrementadas en dos puntos desde la fecha de la presente resolución y con expresa imposición de costas.* | |
| Analisis | | Los criterios esenciales que establece la Resolución del Tribunal Supremo son: “*A) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe; B) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; C) La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tanto ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión; D) La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario qua afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*"; *E) En todo caso, la imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito pues, como ya venía a establecer la STS de 18 de junio de 2012, constituye un fenómeno que comporta en la actualidad un modo de contratar que se diferencia de la contratación por* negociación, *con su régimen y presupuesto causal propio y específico; F) Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal de! contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador;* G) *El contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto, también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación da las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 63/13/CEE ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". En efecto, en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general; H) Para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998 y el marco más general de interpretación de los contratos del Código Civil y, segundo, que la Ley 7/1998 es aplicable a este tipo de cláusulas no obstante su específico régimen sectorial en materia de información - OM 5 de mayo de 1994- pues, como señaló la STS de 2 de marzo de 2011, la finalidad tuitiva que procura al consumidor la citada Orden Ministerial en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, no suponen la exclusión de la Ley 7/98 a este tipo de contratos con consumidores como ley general; I) El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por uno primero relativo al examen de la información suministrada por la entidad crediticia conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, al denominado control de inclusión que garantiza el conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato de la existencia de dicha cláusula y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua –artículo 7 LCGC-, siendo el segundo control de transparencia el relativo a la garantía de que los adherentes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del empresario, como la carga jurídica, es decir, la definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato; J) En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato; K) Este control de transparencia, en tanto se trata de un parámetro de validez de la cláusula predispuesta, queda al margen del ámbito de interpretación del Código Civil del error de vicio del consentimiento; L) Denominado en la Sentencia como "control de abusividad abstracto”... si no están redactadas de manera clara y comprensible, autoriza el control de abusividad de las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato si no están redactadas de manera clara y comprensible y comprende la exigencia de que la información suministrada por la entidad crediticia permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que defina el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como que el consumidor tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato; y M)* ***Para considerar abusivas las cláusulas no negociadas es necesario que, en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y que el desequilibrio perjudique al consumidor****.”*  Indica que el Tribunal Supremo, en la Sentencia del pleno de la Sala Primera, da las pautas para determinar **qué se entiende por desequilibrio** y, así, en el fundamento 253 expresa: "*Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto*.” Añadiendo en los FJ 257 a 259: "*No es preciso que exista desequilibrio “económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo". En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados - lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso*.” Partiendo de estas consideraciones, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato en el que se ha impuesto la cláusula analizada , contrato de préstamo hipotecario a interés variable, para valorar el equilibrio de las cláusula suelo debe atenderse al **real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto** que dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo, nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza; ello en las propias palabras del Tribunal Supremo. En este caso concurren tales requisitos pues es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés, máxime cuando, en este caso, existe una falsa reciprocidad al estar fijado el suelo en un 4,100% y el techo en un 20% cuando la evolución que han seguido los tipos de interés dice que es difícil que se pueda llegar, desproporcionalidad entre el límite máximo y el límite mínimo, que ciertamente, y en contra de lo que se señala el apelante, puede determinarse sin necesidad alguna de dictamen pericial. En este sentido, y dando respuesta a una de las alegaciones del apelante, hemos de señalar que la obligación a cargo del consumidor de pagar el tipo fijado como suelo en aquellos casos en que el índice más el diferencial está por debajo del suelo, desconectada como ocurre en esta litis , de una partida equivalente a favor del consumidor, implica un desequilibrio jurídico por falta de reciprocidad obligacional en el sentido del artículo 10 bis de la derogada LGDCU ( hoy artículos 82 y siguientes del Texto Refundido ), en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, es decir, pagar el tipo fijado como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquél, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, **desequilibrio jurídico este que se traduce en un evidente desequilibrio económico,** atendida la naturaleza del contrato de préstamo hipotecario entre la entidad crediticia y su cliente. | |
| Crítica-contraste | | RETROACTIVIDAD  El artículo **9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación** remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo **1.303 del CC**: “*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 sus intereses, salvo lo que*  *se dispone en los artículos siguientes*.”; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (STS de 23 de junio de 2008, entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege , constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual , siendo de alcance , no solo a los contratos declarados nulos , sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas . Pues bien, ello así, aun cuando es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, a cuya fundamentación jurídica hemos hecho continuas referencias y en la que nos hemos apoyado en orden a resolver la cuestión litigiosa objeto de esta litis , niega el efecto retroactivo de la Sentencia , también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una **acción colectiva de cesación** y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesoria de condena a la restitución ( como prevé el artículo 12 de la  L.C.G.C ), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad , no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC, sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé, razón por la cual, en el caso concreto enjuiciado, declarada la nulidad de la cláusula objeto de controversia, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha cláusula y, en este sentido, confirmar el pronunciamiento de la Sentencia y, en definitiva, el Fallo de la misma en su integridad. | |
| ALMERIA | |  | |
| SAP AL 423/2014  Id Cendoj: 04013370022014100148  **Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería Sección: 2 de 30 de junio de 2014. Nº de Recurso: 249/2013. Nº de Resolución: 178/2014**  **Ponente: JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON** | | | |
| Pronuniciamiento | | Que con estimación parcial del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha28 de mayo de 2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado Mercantil de Almería sobre nulidad de cláusula y reclamación de cantidad de los que deriva la presente alzada, debemos revocar y revocamos dicha resolución en los siguientes extremos.  Que estimando parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de D. Vicente , contra UNIÓN DE CRÉDITO PARA LA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIRMO EFC SA.  1.- Declaramos la nulidad de la condición general de contratación descrita en el hecho primero de la demanda, es decir la cláusula del contrato de préstamo a interés variable suscrito entre los litigantes, que establece un tipo mínimo de interés.  2.- Condenamos a UNIÓN DE CRÉDITO PARA LA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIRMO EFC SA a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario indicado.  3.- Absolvemos a la demandada del resto de peticiones formuladas en la demanda | |
| Analisis | | En efecto, además de la acción de nulidad, la demandante solicitaba que se condenase a la entidaddemandada hoy recurrente a la devolución de 7.731,98 euros que ha sido abonada como consecuencia dela aplicación de la referida cláusula, así como al pago de las cantidades que se vayan pagando en virtud y sus intereses.  La STS de 9 de mayo de 2013 , se pronuncia igualmente sobre esta cuestión, procediendo en el presente caso, por ser doctrina judicial establecida por el mencionado Tribunal, resolver en los mismos términos que la indicada sentencia.La mencionada resolución parte del siguiente razonamiento que pudiera justificar la eficacia retroactiva "Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "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". Si bien seguidamente descarta dicha eficacia retroactiva con, entre otros, los siguientes argumentos "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 elartículo 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 "las 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".  Como consecuencia de ello, , el Tribunal Supremo deniega la eficacia retroactiva y la posibilidad de obtener la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en atención a la cláusula que se declara nula señalando "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."  Pues bien, en aplicación de la citada doctrina debe estimarse el recurso en este extremo y como consecuencia de ello desestimarse la demanda en lo relativo a la reclamación de cantidades abonadas y que se hayan abonado hasta el momento por el actor en virtud de la cláusula suelo. | |
| Critica- contraste | | IRRETROACTIVIDAD | |
|  | |  | |
| CADIZ | |  | |
| Roj: SAP CA 209/2014 Id Cendoj: 11012370052014100085  **Audiencia Provincial Cádiz (Sección 5) Nº de Recurso: 667/2012 Nº de Resolución: 80/2014. Sentencia de 14 de Febrero de 2.014.**  Ponente: ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO | | | |
| Pronunciamiento | | Como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad CAIXABANK S.A. contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2.012 , aclarada por auto de fecha 9 de Marzo de 2.012, dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n º 1 de los de Cádiz en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar parcialmente, y revocamos, el fallo de la misma en el único y exclusivo sentido de suprimir el párrafo relativo a la condena a la demandada a abonar a la actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula que se declara nula, permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos que se contienen en el mismo. | |
|  | | Plantea la apelante, como segundo motivo de su recurso, la improcedencia de acordar la devolución de las cantidades percibidas en aplicación de la cláusula suelo, cuya nulidad se declara, y a este respecto, también la citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.03 da una solución a tal pretensión, expresando que como regla general, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil , a cuyo tenor "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" . No obstante, como indica la referida resolución, "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 de la Constitución Española )" , y así, indica que para acordar la retroactividad deberán tenerse en cuenta una serie de circunstancias: 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 2/1.994, 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".  En su consecuencia y atendiendo a todas estas circunstancias concluye **que procede declarar la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a los pagos ya efectuados con anterioridad, por lo cual procede la estimación del motivo.** | |
| Critica-contraste | | IRRETROACTIVIDAD | |