|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ZARAGOZA | |  |  |  |
| **Audiencia Provincial**  **de Zaragoza (Sección 5ª) Sentencia num. 1/2014 de 8 enero**  **AC\2014\10** | | | | |
| Pronunciamiento | | La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza **declara no haber lugar** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la Sentencia, de fecha31-07-2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de dicha localidad en juicio ordinario. Entablado juicio ordinario dirigido a la declaración de nulidad por abusiva de la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y la devolución de las cantidades percibidas en su aplicación, se opuso la demandada a la misma.La sentencia estimó parcialmente la demanda en cuanto a la declaración de nulidad, si bien no aplicó la misma *ex tunc* , sino solo desde la declaración de ineficacia.  Contra tal resolución la parte demandada formula recurso alegando no estar en la misma situación fáctica prevista en la STS de 9 de mayo de 2013 , que no se dan las circunstancias invocadas en la misma y que la escritura que la contenía superaba el filtro de trasparencia, subsidiariamente, solicita que dada la estimación parcial de la demanda, no se le impongan las costas del recurso. | | |
| Analisis: | | **Cláusula tachada de abusiva**  El examen de la escritura pública de 30 de enero de 2007 que constituye el título sujeto examen, establece en materia de intereses diversas consideraciones desde los folios 26 a 34 de la causa, entre ellas la cláusula en litigio.  Junto a esta se aportan por los actores diversos estudios o escenarios emitidos por la caja que no prevén precisamente un interés máximo y mínimo, y por la demandada se une a autos una solicitud de subrogación de préstamo no fechada y suscrita por los actores.  Los actores mantuvieron en el acto del juicio que no entendieron la existencia de un tipo máximo y otro mínimo de interés; los empleados de la caja que depusieron en autos mantienen que se les explicó claramente esta circunstancia.  **Requisitos de abusividad de la cláusula suelo**  La STS de 9 de mayo de 20013 y su auto de aclaración de 3 de junio del mismo año fijan una serie de precisiones sobre la posibilidad de que las denominadas " cláusulas suelo" puedan ser declaradas abusivas por infringir la normativa sobre consumidores y usuarios.  Así, parece reconocerse por la demandada que se trata tal cláusula de una condición general que afecta a un elemento principal del contrato y que, por tanto, está sujeto al test de transparencia, de tal manera que aun siendo lícita y estando incorporada al contrato e impuesta al consumidor, solo será válida tal imposición si reúne las condiciones que la sentencia establece. Así declara la indicada sentencia que:  **"** Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, 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.  2.2. Conclusiones.  223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan *el control de transparencia* a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero *no el de claridad* exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.  224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. 225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:  a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.  b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.  c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.  d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.  e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor" ( STS de 9 de mayo de 2013 ).  De igual manera el auto de aclaración de 9 de mayo de 2013 establece que:  "12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo"  En el presente caso, la descripción de la cláusula realizada en la escritura notarial en la que se fija un tipo mínimo del 3,85% permite estimar que se dan las circunstancias a) a e) contempladas por la resolución referida, de tal manera que a corto plazo se contempla un escenario alcista, con una cláusula suelo elevada explicada en la escritura sin la debida claridad, pese a que la carga de la prueba de que el consumidor había entendido el contenido de la cláusula era de la entidad, la redacción farragosa de la fijación de los intereses en la escritura, casi diez folios, la falta de escenarios de aplicación del pacto en litigio, los estudios aportados por la parte actora no contemplan la fijación de un suelo , la correspondiente fijación de un techo del 9,50 % y la falta de prueba de una información precontractual adecuada llevan a la Sala a estimar que la cláusula invocada es nula por falta de la necesaria claridad y trasparencia al ser explicada a los consumidores.  Alega la demandada que existía una solicitud de subrogación de préstamo hipotecario suscrita por los actores, si bien la misma, como bien invoca la demandada, no se trata de una oferta vinculante, tampoco -en esto estará de acuerdo también- de una demanda vinculante, lo que parece supondría la vinculación de los actores a su solicitud sino de un documento cuya fecha de firma no consta, pudo ser perfectamente firmado en la propia notaria y aun después, menos aun consta que fuera explicado por los empleados de la demandada a los actores y, mucho menos aun, que fueran debidamente negociadas las cláusulas allí reflejadas, pues ni siquiera son estas las contratadas sino que las finalmente suscritas son más favorables a los actores en cuanto al tipo de interés variable.  En definitiva, no han de ser tomadas en cuenta las aseveraciones de los trabajadores de la entidad financiera acerca de que la misma hubo de ser anterior en al menos dos semanas a la firma de la escritura, por no ser un documento ni legalmente preciso, ni consta, y esta carga era indudablemente de la actora, que los actores la suscribiesen antes de la firma de la escritura pública de subrogación del préstamo hipotecario y con la debida pausa y tranquilidad para reflexionar sobre la conveniencia de la misma en cuanto suponía la solicitud del crédito hipotecario en unas determinadas condiciones, ni, mucho menos que las condiciones allí reflejadas les hubiesen sido explicadas por persona de la entidad demandada, piénsese que en cuanto mera solicitud puede perfectamente ser considerado como un mero requisito de carácter formal para, por ejemplo, justificar la apertura de un expediente administrativo interno en la entidad, pero en modo alguno ni tiene transcendencia jurídica la firma de la misma, ni siquiera acredita la correcta información sobre el contenido de la solicitud, precisamente por su nula trascendencia jurídica; se pueden suscribir sin consecuencia alguna para los solicitantes, ni siquiera puede en este caso concreto racionalmente inducirse que hubieran sido explicadas las cláusulas que extractadamente en el figuran.  Por tanto, no existen infracción ni de la normativa aplicable ni de la doctrina legal y por ello el recurso ha de ser desestimado.  **Irretroactividad de los efectos de la desaparición de la cláusula en el contrato**  La sentencia del TS de fecha 9 de mayo del pleno de la Sala Primera del TS realiza las consideraciones siguientes respecto a la retroactividad o no de la aplicación de las consecuencias de la nulidad:  "283. 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"[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".  284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo , RC 675/2009 , "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".  285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que"[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".  286. 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)".  2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad  287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE )-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que"[l] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".  288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo , de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre , de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio , de Protección Jurídica del Diseño Industrial).  289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio , 281/1995 de 23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo .  290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que"[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".  291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que"[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad"( TS 118/2012, de 13 marzo , RC 675/2009 ).  292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013 , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que"[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka , antes citada, apartado 51; Brzeziñski, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010 , Kalinchev, C- 2/09, Rec. p . I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 , Rçdlihs *,* C-263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59).  2.4. La irretroactividad de la sentencia  293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:  a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.  b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.  c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España"[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".  d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.  e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.  f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.  g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994 .  h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.  i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.  j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo , sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.  k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas  2.4. Conclusiones.  294. 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".  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. | | |
| critica -contraste | | IRRETROACTIVIDAD  ART 1,6 CC | | |
|  |  | | |  |
| **Audiencia Provincial**  **de Zaragoza (Sección 4ª) Sentencia num. 201/2014 de 7 julio**  **JUR\2014\223183** | | | | |
| Pronunciamiento | | Nulidad de cláusula suelo: devolución de las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula declarada nula: alcance de la retroactividad: STS de 9 de mayo de 2013: tal doctrina y alcance no pueden dejar de prevalecer frente a una opinión aislada que hace girar además la potencial retroactividad plena de la concurrencia de una específica mala fe de las entidades bancarias, que ni se pide o se declare en el suplico ni se invoca en la demanda.  La Audiencia Provincial de Zaragoza declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 07-02-2014 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Calatayud, cuyo fallo es el siguiente: ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Santiago , frente a NCG BANCO S.A., acuerdo: 1) Se declare la nulidad de la cláusula tercera bis 1 del préstamo hipotecario concertado por las partes en fecha 30 de noviembre de 2006. 2) Se condene a la entidad demandada a indemnizar al actor con la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula declarada nula, a partir de 9 de mayo de 2013, más los intereses legales. Todo ello, con costas en la parte que deban afrontarlas." | | |
| Análisis | | Sanciona que: El TS da el mayor alcance posible a su doctrina, pues lo que sienta es, no en rigor la retroactividad de una nulidad contractual, aquí parcial, si ex-nunc o ex-tunc, sino una retroactividad de su propia doctrina. Es una sentencia además de Pleno, que crea doctrina legal.  Tal doctrina y alcance no pueden dejar de prevalecer frente a una opinión aislada que hace girar además la potencial retroactividad plena de la concurrencia de una específica mala fe de las entidades bancarias, que ni se pide o se declare en el suplico ni se invoca en la demanda. | | |
| Crítica-contraste | | IRRETROACTIVIDAD | | |
|  | |  | | |
|  | |  | | |
| Critica o contraste | |  | | |
|  |  | | |  |
|  | |  |  |  |
|  | |  |  |  |
|  | |  |  |  |