

Id. Cendoj: 23050370012014100130
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Jaén
Sección: 1
Nº de Resolución: 208/2014
Fecha de Resolución: 21/05/2014
Nº de Recurso: 361/2014
Jurisdicción: Civil
Ponente: MARIA FERNANDA GARCIA PEREZ
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA Nº 208

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTA

D^a. Elena Arias Salgado Robsy

MAGISTRADOS

D^a María Esperanza Pérez Espino

D^a. María Fernanda García Pérez

En la ciudad de Jaén, a veintiuno de Mayo de dos mil catorce.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 237 del año 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 361 del año 2014**, a instancia de **D. Florian y D^a Isidora**, representados en la instancia y en esta alzada por el Procurador D. Miguel Bueno Malo de Molina, y defendidos por el Letrado D. Alberto Manzaneda Ávila; contra **UNICAJA BANCO S.A.U.**, representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D^a Oliva Moral Carazo, y defendido por la Letrada D^a Rocío Jiménez Miranda.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén con fecha 12 de Febrero de 2014 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda presentada en representación de D. Florian y D^a Isidora contra UNICAJA BANCO S.A debo:

a) Declarar nula la estipulación denominada cláusula financiera quinta de la escritura pública de 19/12/2006 ante el notario D. Juan Lozano López, al número 2993 de su protocolo que dispone "no existen límites a la variabilidad del tipo de interés nominal al alza, si bien si se pacta un límite a la variabilidad del tipo de interés aplicable a la baja, de forma, que este no podrá ser inferior al cuatro coma cincuenta por ciento.

B) Condenar a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y a abstenerse de seguir aplicándola.

C) Condenar a la entidad demandada a reintegrar a los actores las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las indicadas cláusulas, desde la fecha de presentación de la demanda hasta la efectiva eliminación de la misma y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de sentencia".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada, Unicaja Banco S.A.U., en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte demandante, D. Florian y D^a Isidora , remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1^a se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 21 de Mayo de 2014 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente la Ilma Sra. Magistrada D^a. María Fernanda García Pérez.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de instancia declara la nulidad de la cláusula suelo fijada en apdo. quinto bis de la escritura del préstamo de 19 de diciembre de 2006, que tras establecer un período de carencia de 24 meses, durante el cual los primeros seis meses pagarían un interés nominal fijo del 4,75 % y los restantes semestres euríbor más 1,25 puntos, durante el período de amortización (a partir de 19 de diciembre de 2008) los primeros seis meses, el interés a pagar será euríbor más 1,25 y a partir de ahí revisiones semestrales, aplicando el euríbor más 1,25, pero limitando la variabilidad a la baja a 4,50 %, no fijando limite al alza, y ello al concluir el Magistrado de Instancia que la entidad bancaria no informó de forma suficiente a los actores acerca de dicha cláusula y sus consecuencias, declarando la nulidad con efectos retroactivos y, conforme a lo solicitado, condenó a la devolución de las cantidades abonadas de más desde la fecha de la interposición de la demanda, lo que se calcularía en ejecución de sentencia.

Se alega por la entidad apelante errónea valoración de la prueba y vulneración de la normativa legal y doctrina jurisprudencial, al sostener que la cláusula suelo fue negociada, no impuesta, la improcedencia de someterla al control de abusividad, la incorrecta valoración acerca del incumplimiento de los requisitos de transparencia así como indebida aplicación de los efectos retroactivos de la nulidad declarada.

Sin embargo, aplicada esa doctrina al caso concreto, la cláusula aquí discutida no cumple esa exigencia de transparencia, como se razonará, tras exponer la doctrina que sobre cláusulas suelo contiene la STS de 9 de mayo de 2013, citada tanto en la sentencia como en el recurso.

Al contrario de lo que sostiene el recurrente la mencionada sentencia afirma que las cláusulas de limitación de la variación de tipos de interés o cláusulas suelo tienen el carácter de condiciones generales de la contratación, que describen y definen el objeto principal del contrato, cual es el precio a pagar por el prestatario, y aun cuando por regla general no pueda examinarse la abusividad de su contenido, sí están sometidas a un doble control de transparencia.

Las cláusulas suelo deben superar el control de inclusión en el contrato y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores.

En cuanto al control de inclusión, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". Y el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

En la normativa interna, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 (que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el art. 7 de la LCGC para la incorporación de

las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión.

Ahora bien, cuando las condiciones generales estén incluidas en contratos con consumidores es necesario además que superen el control de transparencia. Como señala el artículo 80.1 TRLCU "*[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*".

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la STS 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

En resumen: a) 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; b) 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", concluyéndose por el Alto Tribunal en un supuesto similar al de autos (si bien la acción ejercitada es una acción colectiva de cesación), 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.

Y, en concreto, respecto a las cláusulas suelo declara la citada S.T.S. que "pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia (apartado 217 de dicha sentencia). Y se añade (apartado 218): "La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor". " Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas

suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo" (apartado 219). Y a modo de conclusión se dice 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 (apartado 223). " 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...de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza (apdo. 224).

Y para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta (parágrafo 225):

"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".

Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor

El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que "[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Pues bien , / as cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

Por tanto, la cláusula suelo será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: "263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva [...] *el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71), y el artículo 82.3 TRLCU "*[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, así lo impone el considerando decimooctavo de la Directiva 93/13 según el cual "*[l]a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales*", y el tenor del art. 4.1 "*[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]*" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "*[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...]*". Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo.

Así, sigue en el párrafo 264: "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, 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".

Segundo.-Primer motivo: Sobre la errónea valoración de la prueba acerca del carácter no negociado y falta de transparencia de la cláusula suelo.

En el caso concreto, la cláusula cuestionada se incluye dentro de la quinta en la escritura de préstamo hipotecario de 19 de diciembre de 2006 (documento 1 de la demanda), siendo las condiciones financieras más significativas: un importe de 280.000 euros (destinado a autopromoción, construcción de su propia vivienda), un plazo de amortización de 30 años, a abonar en 360 cuota mensuales, ocupándose el apartado quinto de los intereses ordinarios, distinguiéndose entre un período de carencia de dos años, y un período de amortización, para el cual se fija un interés variable, en el primer semestre euríbor más 1,25 y a partir de ahí revisiones semestrales, aplicando el euríbor más 1,25, pero limitando la variabilidad a la baja a

4,50 %, no fijando límite al alza, cláusula suelo que se añade dos páginas después de fijar los intereses, en un párrafo que literalmente dice: "No existe límite a la variabilidad del tipo de interés nominal al alza, si bien se pacta un límite a la variabilidad del tipo de interés aplicable a la baja, de forma que éste no podrá ser inferior al **4,50 %**".

Aplicando los criterios marcados por la antedicha sentencia del Tribunal Supremo, que como el propio Tribunal aclaró en auto de 3 de junio de 2013 "constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas, y que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo", esta Sala coincide con el Magistrado de Instancia en que la cláusula suelo de este préstamo hipotecario no supera el control de transparencia al no haberse acreditado por el Banco ejecutante que los prestatarios haya tenido perfecto conocimiento de la cláusula, su trascendencia y su incidencia en la ejecución del contrato a fin de poder adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, siendo la entidad bancaria la obligada a probar el cumplimiento de esta obligación informativa, dada la mayor facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), por lo que la falta de prueba debe ir en su contra.

No es suficiente con la inclusión de la cláusula suelo en el contrato y la lectura por el Notario de la escritura para dar por cumplida la exigencia de transparencia.

Al contrario de lo que se alega la cláusula no está redactada de forma clara y comprensible, dado que se enmascara dentro de la cláusula de intereses, fijándose un tipo mínimo fijo cuando se ha creado primero la apariencia de un interés variable, referenciado al euríbor al que se adiciona 1,25 puntos, cuando no lo es, al establecerse más adelante varias páginas después, en un párrafo sin resaltar, fijar como límite a la variación del tipo de interés a la baja el tipo del 4,50 %, por lo que en realidad se está contratando un préstamo con interés fijo mínimo, que hará ilusorias las expectativas de los actores en caso de bajar el tipo de referencia por debajo de ese tipo mínimo. Por tanto, concurren varios de los parámetros señalados en la sentencia de 9 de mayo de 2013 : oferta como interés variable cuando en realidad es un tipo fijo mínimo y tratamiento secundario en el contrato al ir enmascarada entre un conjunto de datos que impide conocer exactamente cuánto tendrá que pagar el prestatario. Sin que el hecho de estar en negrita el tipo de interés mínimo, al igual que lo están los restantes tipos de intereses, cumpla la exigencia de claridad exigida, pues como se ha destacado tal cláusula no aparece situada ni redactada con la importancia que tiene en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, sino introducida de forma secundaria y confusa, no pudiendo derivarse hacia el Notario un deber de información que sólo correspondía cumplir al Banco, y que aquél no está obligado a suplir.

Pero es que además la entidad bancaria no ha acreditado que haya dado una información adecuada y suficiente a los prestatarios que permitiera a los mismos conocer la existencia de la cláusula y su incidencia al momento de ir a contratar, sin que al efecto haya practicado prueba alguna, no constando, por tanto, que se les hubiera entregado una oferta vinculante, no pudiendo considerarse como tal el único documento que aporta la entidad, una "propuesta de concesión", sin firmar por los prestatarios, por lo que sólo tiene el valor de documento de gestión interna, que no acredita su entrega y conocimiento por los prestatarios, pues negado por el actor Sr.

Florian que se le hubiera informado del suelo, al manifestar que habló con el Director Sr. Juan Ignacio de una hipoteca variable, con las condiciones que tenía el Banco, que él vio que eran similares a las del mercado, y de las fluctuaciones del euríbor, en el sentido de que si subía pagaría más hipoteca y si bajaba le bajaría la hipoteca -3'15"-, que él no puso condiciones, aceptó las de la Caja, se le aconsejó un interés variable -5'45"-, no tenía ni idea de la cláusula suelo -7'40"-, dándose cuenta cuando vio que bajaba el euríbor y su hipoteca no bajaba, explicándole la nueva Directora del banco la existencia de la cláusula suelo, Unicaja no ha aportado el expediente de concesión del préstamo, ni consta que Don. Juan Ignacio le explicara todas las condiciones incluida la cláusula suelo, aunque así lo afirme -10'48"-, ni realizó simulaciones de diversos escenarios de bajada y subida del euríbor, a lo que no obstaba el que el dinero se fuese entregando a presentación de certificaciones de obra -12'17"-, pues para la concesión del préstamo se tuvo que presentar proyecto de ejecución, con los plazos de realización de cada fase, ni finalmente consta que se le hubiera ofrecido o explicado el coste comparativo con otros productos de la entidad, es más, según manifestó el actor se le aconsejó el interés variable, parámetros también señalados por el Tribunal Supremo como indicativos de falta de una información adecuada por la entidad, deber que, volvemos a resaltar, no puede delegarse en el Notario, el cual se limita a leer las cláusulas más relevantes del préstamo, pero la obligación de informar, explicar y asegurarse de la comprensión por el cliente es el banco.

En definitiva, ha de concluirse en que la cláusula suelo no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés fijo del 4,50 % sin limitación al alza no supone un reparto equilibrado del riesgo entre ambas partes, ya que la prestataria tendrá que pagar si suben los intereses pero no se beneficiará de la variación a la baja, al fijarse como tipo mínimo el 4,50 %, lo que conlleva la declaración de nulidad de la referida cláusula.

En el mismo sentido, se resolvió por auto de 28 de noviembre de 2013 de esta Sección 1^a, Auto de 18 de diciembre de 2013 de la Sección 2^a, y las más recientes sentencias de 18 y 27 de marzo de 2014 y 30 de abril de 2014 de esta Sección 1^a.

Tercero.- Segundo motivo: Infracción de la doctrina de la STS 241/2013 sobre la irretroactividad de la nulidad declarada.

La sentencia de instancia declara la nulidad de la cláusula suelo techo con efectos retroactivos desde la interposición de la demanda, al haber sido solicitado así en la demanda, por lo que la entidad debe devolver las cantidades cobradas con la aplicación de dicha cláusula, que se cuantificarán en ejecución de sentencia, lo que acuerda en base al art. 1303 Cc, añadiendo en apoyo de la retroactividad dos criterios extralegales: razones de economía del particular y no beneficiar la posición abusiva de las entidades financieras que no han eliminado las cláusulas suelo, a pesar de haber sido declaradas nulas casi de forma unánime tras la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, y siguen cobrando un dinero indebido hasta que se declaren nulas por sentencia.

El recurrente apela al criterio de la trascendencia económica que puede tener la retroactividad para la apelante valorados todos los casos individuales de préstamos hipotecarios, entendiendo que el TS en la citada sentencia ha declarado la irretroactividad atendiendo a razones de seguridad y de orden público económico que

tienen aquí también aplicación.

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. 1-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. 1-513, 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 las *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 cláusulas 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 económico a la entidad, pues la condena afecta a este caso concreto y el importe de la devolución es de 12.718'20 euros".

En consecuencia, y conforme a lo expuesto, debe desestimarse el recurso interpuesto, confirmándose la sentencia de instancia, que declara nula por abusiva la cláusula suelo de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo la entidad devolver la cantidad cobrada con su aplicación desde la fecha de interposición de la demanda (pues así lo solicitó la actora), lo que se cuantificará en ejecución de sentencia.

Cuarto.- Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la L. E. Civil , habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso.

Quinto.- Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J ., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando 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 12 de febrero de 2014 , en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 237 del año 2013, debemos confirmarla íntegramente, imponiendo al apelante las costas del recurso y declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil , en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito

presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre , salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 0361 14.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.