

Id. Cendoj: 14021370012014200006
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Córdoba
Sección: 1
Nº de Resolución: 170/2014
Fecha de Resolución: 21/04/2014
Nº de Recurso: 334/2014
Jurisdicción: Civil
Ponente: PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION 1ª. CIVIL

AUTO N° 170

Presidente

Don Pedro Roque Villamor Montoro.

Magistrados

Don Felipe Moreno Gómez

Doña Cristina Mir Ruza

Autos: Pieza separada oposición ejecución 1028.01/2012

Juzgado: Primera Instancia núm. 10 de Córdoba

Rollo: 334

Año: 2014

En la ciudad de Córdoba a veintiuno de abril de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por el Juzgado referenciado se dictó auto de fecha 20.1.2014 cuya parte dispositiva dice: "ESTIMO PARCIAMENTE LA OPOSICIÓN a la ejecución formulada por Diana contra la ejecutante CAJA RURAL DE CORDOBA.

Declaro la nulidad parcial de la Póliza de Préstamo n° NUM000 otorgada con fecha 23 de enero de 2009 en cuanto a la cláusula suelo que incorpora. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

Continuase la ejecución con la inaplicación de la cláusulas declarada nulas. Se requiere a la parte ejecutante para que en el plazo de 20 días aporte nueva liquidación de la deuda computando las deducciones oportunas en concepto de cobros indebidos por aplicación de la cláusula declaradas nula."

SEGUNDO.- Por la representación de "Caja Rural de Córdoba SCC" se presentó escrito recurriendo en apelación el referido auto. Admitido a trámite, remitiéndose seguidamente la causa a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de la parte recurrente, única parte personada en los autos, que se vino a personar en el rollo incoado señalándose deliberación el día 21 de abril de 2014. Es ponente de esta resolución don Pedro Roque Villamor Montoro.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Se aceptan los de la resolución apelada en lo que no se opongan a los de ésta, y

PRIMERO.- La resolución de instancia viene a declarar por falta de transparencia la nulidad de la cláusula suelo del préstamo concertado entre las partes con fecha 23.1.2009, con eficacia retroactiva, imponiendo un recálculo del saldo deudor sin aplicación de la mencionada cláusula, descartando la nulidad de la estipulación de intereses moratorios. Frente a este pronunciamiento se alza la representación de la entidad financiera ejecutante, que viene a referirse a (i) la licitud de la cláusula suelo en general, y, en concreto, (ii) el cumplimiento por su parte de las prescripciones legales en la materias en especial la de transparencia, (iii) suministrando suficiente información al cliente, (iv) siendo claras y entendibles las estipulaciones de la póliza, (v) pudiendo el cliente elegir entre las varias ofertas existentes en el mercado e (vi) influir en el contenido del contrato, que, además, no tenía garantía hipotecaria, y, estando intervenido el contrato por Notario.

SEGUNDO.- Las razones que conducen al auto apelado a su decisión de nulidad de esa estipulación es no considerar suficientemente ilustrativa la cláusula "casi telegráfica" que se contiene en las condiciones particulares de la póliza, que recoge:

"De 0 a 12 meses: 6.75%.---- Criterio de Revisión:

Más de 12 meses: (25) EURIBOR (EURIBOR 1 AÑO B.O.E. DOS MESES ANTERIOR) + 2 Puntos. Mínimo: 4.25% Máximo: 15% Frecuencia Revisión: ANUAL. Redondeo: 0.00 %. Criterio de Revisión: VALOR PUNTUAL A FIN DE MES NATURAL ANTERIOR.

Demora: 16%."

A ello se añade que no hay explicación sobre el significado de ese mínimo y ese máximo y las consecuencias durante la vida del contrato, considerando un factor de distorsión la inclusión de techo que aparentemente puede operar como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, si bien es difícil que pueda llegar a operar.

TERCERO.- Es de notar que la intervención del Notario no ha tenido más intervención que la que refleja el documento suscrito, y en lo que se dice es que su intervención no

ha sido otra que constatar que las partes consentían lo que firmaban, nada más. De ahí que si hablamos de falta de transparencia en la operación, en nada se ve afectada por la intervención de dicho fedatario, cuya actuación no consta que se extendiera a ese concreto particular.

CUARTO.- Esta Sala no puede sino compartir lo expuesto en la instancia a propósito de que estamos en presencia de una condición general de la contratación predispuesta por la entidad financiera en su redacción, por más que el cliente sea libre de elegir el tipo que se le ofrece, e incluso negociar. Lo mismo cabe decir en cuanto que es la entidad predisponente la que tiene la obligación de acreditar que el cliente, más si se trata de consumidor sin conocimientos previos ni experiencia en ese concreto particular -que no le cabe presumir-, ha recibido completa información sobre el real significado de lo que luego va a firmar, debiéndose diferenciar el conocimiento de lo que dicen el texto del contrato, del real significado del mismo, y de que es carga de la entidad financiera suministrarle una información cumplida teniendo en cuenta los datos a su disposición de las implicaciones del clausulado, en este caso de lo que se desprendería de la aplicación de la transcrita condición particular en el devenir de la vida del contrato durante los seis años de vigencia con uno de carencia, y, en concreto de la evolución plausible del tipo de referencia al que al año de vigencia del contrato se le aplicaría el diferencial pactado, 2 puntos. En este sentido, conviene señalar que la falta de equilibrio, o equidistancia, entre el suelo y el techo fijados, no pueden tener un significado determinante, pero del mismo modo que es claro que nunca se había alcanzado ni con mucho a ese tipo, es claro que cuando se pacta la operación, 26.1.2009, el euribor anterior, era el 2.357 al 2.1.2009, y el de febrero fue de 1.421, con lo que si esta bajada se produce a los 9 días de la firma de la póliza, no se trató de una modificación inesperada a esa fecha, sino que ya se iba manifestando con anterioridad, en línea con la bajada que ya había tenido durante 2008, con un máximo del 3.583 % y un máximo de 4.208 %. Con esa perspectiva aquí se puede hablar de que más que préstamo a interés variable era fijo y variable al alza, en términos aun más claros que lo que se decía en la sentencia del Tribunal Supremo de 9.5.2013 de tan reiterada cita en este tipo de resoluciones.

Con esto se quiere decir que la entidad financiera tenía que tener en su mente la existencia de un panorama de evolución del tipo de referencia a la baja, lo que de haber procedido con la debida transparencia tenía que haber comunicado a sus clientes en esta operación, consumidores -repetimos-, al objeto de que no solo tuvieran cabal conocimiento de que la bajada del tipo de referencia, fuera la que fuera, no les permitiría pagar menos del suelo pactado, sino que las perspectivas que había, y en esto una entidad financiera tiene otras informaciones que las que llegan al ciudadano de a pie, era que aquel bajara. El hecho de que no existiera garantía hipotecaria, como tampoco personal, no tiene relevancia aquí para nada, puesto que el diferencial pactado, 2 puntos, tampoco era el propio de una operación con garantía hipotecaria, cuando menos a esa fecha. Frente a esta realidad los datos incluidos en la estipulación transcrita no pueden ser tan claros para cualquier persona, puesto que, efectivamente están puestos de una forma telegráfica, lo que es aceptable en una contratación de este tipo, pero siempre que vaya acompañada de una completa información *ad hoc* al cliente, que aquí no se ha producido, ni puede presumirse, puesto que, como decíamos, es a la entidad demandada a la que corresponde su prueba. Se trata de información a la que es normal que el cliente extraño a estos menesteres, no preste la debida atención, y si se fije en el tipo que se le ofrece, pero sin que llegue a comprender lo que seguidamente se le dice sobre la revisión, su términos ("Mas de 12 meses") y lo que realmente significa en la cuota que mensualmente tiene que abonar. En definitiva, se coincide en la falta de transparencia que se aprecia en la instancia,

debiéndose de mantener la nulidad de la cláusula suelo-techo que marca un mínimo de 4.25% y un máximo del 15%.

QUINTO.- En segundo término se combate en el recurso la retroactividad de la nulidad acordada lo que conduciría a recalcular las cuotas devengadas después de la primera anualidad del contrato y hasta que se produce la resolución anticipada, con la particularidad de que se comienzan los impagos en noviembre de 2010, esto es, ya durante la primera anualidad de la revisión prevista en la póliza en cuestión, y que conduciría, si bien, ya sin carencia, al pago de un tipo de interés del 4.25%, pues el euribor de ese año tuvo un máximo de 1.197% y un mínimo de 0.590%. Esto tiene también otra lectura, cual es, que conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 9.5.2013 , la irretroactividad que en ella se dispone solo afectaría a los pagos ya efectuados, en este caso los producidos desde febrero a octubre de 2010, puesto que, como se decía en noviembre de ese año (ver extracto contenido en el acta de liquidación del saldo) aparecen impagos en noviembre de 2010.

Sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, esta Sala reiteradamente se ha pronunciado en sentido negativo, ya desde la sentencia de la sección 3ª de 18.6.2013, recurso 162/2013, y el principal argumento es la existencia de un pronunciamiento del Pleno del Tribunal Supremo sobre ese concreto particular en la sentencia citada de 9.5.2013 , y que expresamente es vía adecuada para fijar doctrina, de ahí que el asunto se abocara al Pleno, y que se pronuncia sobre ese tema, excluyéndola para caso de pagos ya efectuados y situaciones jurídicas firmes ya producidas, tratándose como se trata de un caso en el que el contrato subsiste, y se acuerda la nulidad de una de sus cláusulas, con lo que no cabe sin más hablar de devolución de las prestaciones que una y otra parte, han percibido, pensando esencialmente para la nulidad total del contrato, debiéndose de velar por el equilibrio contractual y evitar situaciones de enriquecimiento injusto, puesto que, como se ha dicho se trata de cláusula válida, y su nulidad se deriva de la falta de transparencia con la que se introdujo en el contrato. A esto alude con particular rigor y claridad la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, de 26.3.2014, recurso 105/2014 , que para cuanto aquí interesa:

(i) distingue entre la nulidad estructural (que afecta a la totalidad del contrato) y la funcional (a alguna de sus cláusulas), y señala que la regla de la retroactividad deberá ser modulada en atención a la estructura de la eficacia contractual ya desplegada, de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico,

(ii) alude a que el mismo Tribunal Constitucional ha limitado los efectos a casos en que se ha declarado la nulidad, y el propio Tribunal Supremo también ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad dado que «la " *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 (STS 118/2012, de 13 marzo, rec. 675/2009).

(iii) también se alude a consideraciones que sobre este particular hace la STJUE de 21 de marzo de 2013 , aunque, añadimos, también cabe decir que eso es facultad reservada a ese Tribunal no para cualquier Tribunal, si hablamos de efectos que

puedan ser perjudiciales para la colectividad.

(iv) a modo de criterio general concluye afirmando que " *la determinación de sus consecuencias debe realizarse atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que se anula y a la causa que provoca la nulidad, de modo que su castigo se adecue a la tipología del negocio o de la estipulación anulada y las circunstancias que confluieron para decretar su nulidad*" .

(v) a propósito de la aplicación del criterio de irretroactividad recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 9.5.2013 , indica que es doctrina jurisprudencial por su origen y tiene eficacia y sea oponible en todos aquellos supuestos en que se ventile análogo conflicto o se formule similar pretensión, como aquí ocurre, y

(vi) es indiferente que allí se tratara de una acción colectiva, y aquí de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo, en un caso o en otro, y no cabe dar distinta respuesta, sin que el argumento de la afección general de la economía pueda ser considerado como el que allí fue determinante para dar esa respuesta, siendo el mantenido de modular los efectos de la nulidad, un criterio no nuevo, sino que se enmarca en una consolidada línea jurisprudencial.

Todas las anteriores consideraciones esta Sala no puede sino compartir y si se hace referencia en la resolución apelada a que no se aprecia en este caso esa posibilidad de trastorno grave para la economía nacional, cabe remitirnos a lo antes dicho sobre la improcedencia de dar distinta respuesta ante el mismo conflicto jurídico, añadiendo que si las acciones individuales se multiplican y llegan, como está ocurriendo, a alcanzar un gran número a nivel nacional, esa justificación en favor de la retroactividad caería por su peso, pues el volumen de devoluciones si sería de entidad más que apreciable.

SEXTO.- En atención a cuanto queda expuesto, procede la estimación del recurso en el solo sentido de excluir la retroactividad que se proclama en el auto apelado, que queda sin efecto en ese concreto extremo, sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.

PARTE DISPOSITIVA.

Debemos de estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de "Caja Rural de Córdoba, Sociedad Cooperativa de Crédito" contra el auto de fecha 20.1.2014 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Córdoba , se revoca el mismo en el solo sentido de dejar sin efecto la retroactividad de la nulidad acordada más allá de las cuotas no pagadas e incluidas en la liquidación del saldo deudor incluidas en la determinación del saldo deudor aportada, y a las que si se extenderá la nueva liquidación que allí se dispone, sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada y devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.-