



Roj: **SAP Z 779/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:779**

Id Cendoj: **50297370052019100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **03/05/2019**

Nº de Recurso: **370/2018**

Nº de Resolución: **366/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm 000366/2019

Presidente

D./D^a. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER (Ponente)

Magistrados

D./D^a. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D./D^a. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO

En Zaragoza, a tres de mayo del dos mil diecinueve.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Procedimiento Ordinario 0000501/2017 - 00, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000370/2018, en los que aparece como parte *apelante (DEMANDADO)*, IBERCAJA BANCO S.A., representada por la Procuradora de los tribunales, JUAN MANUEL ANDRES ALAMAN; y asistido por el Letrado JESÚS NIETO AVELLANED; y como parte *apelada (demandante)*, Marcos y Candida representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. ISABEL ARTAZOS HERCE e ISABEL ARTAZOS HERCE y asistido por la Letrada D^o MATÍAS CARLOS FORNIÉS ABADÍA y MATÍAS CARLOS FORNIÉS ABADÍA siendo el Magistrado-Ponente el Ilmo. SR ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada núm. 2/2018 de fecha 5 de enero del 2018, cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que estimando la demanda formulada por D. Marcos y Doña Candida contra IBERCAJA BANCO S. A., en declaración de nulidad y restitución de cantidades, debo declarar y declaro haber lugar a la nulidad de la cláusula que fija el tipo mínimo 450 %) y máximo (950 %) del interés a abonar de la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 14 de abril de 2.005, novada en fecha 9 de marzo de 2.007, no habiendo superado la misma, por su falta de claridad, el control de transparencia, y condenado a la demandada a la regularización mediante el recálculo de los intereses sin la aplicación de la cláusula declara nula, y al abono de las cantidades percibidas de más por exceso en la aplicación del mencionado tipo de interés mínimo, desde la fecha en que tuvo aplicación la mencionada cláusula abusiva, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de cada abono realizado a la demandada, condenado a la demandada al abono de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de IBERCAJA BANCO S.A.; se interpuso contra la misma recurso de apelación.



Y dándose traslado a la parte contraria se *opuso* al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

Por providencia de 21-3-2019 se acuerda suspender el procedimiento por *cuestión prejudicial comunitaria*; y tras recurrirse en REPOSICION dicha resolución por las partes demandantes; se dio traslado a la parte contraria, sin que alegara; y se dictó AUTO resolviendo la reposición en fecha 12 de abril del 2019, en el que se acuerda estimar dicho recurso de reposición, dejando sin efecto la suspensión acordada; y señalándose para la para deliberación, votación y fallo el día 15 de abril del 2019.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- La única cuestión que se ha planteado tanto en primera como en segunda instancia es la de la condición de préstamo cancelado, ya cumplido, lo que supondría ausencia de legitimación activa de los prestatarios para reclamar la nulidad de una condición general y sus consecuencias.

SEGUNDO.- Este tribunal ya se ha pronunciado al respecto.

La sentencia 412/2018, 24-5 (RPL 60/18) señala que "Por lo que respecta a la ausencia de acción por estar cancelado y extinguido el contrato, por cumplimiento, es un argumento que carece de eficacia. La nulidad, más aún si es radical, no exige que el contrato esté en fase de cumplimiento."

TERCERO.- En el mismo sentido de S. 422/2018, 28-5

"SEXTO.-" **imposibilidad de solicitar la nulidad** de un contrato pues todas las obligaciones derivadas del mismo se han cumplido.

Por último, mantiene la demandada/recurrente que el contrato se había agotado y todas sus obligaciones surgidas del mismo estaban extinguidas (art. 1156 del CC). Al menos para el actor. Esta realidad es cierta, si bien la existencia de una causa de ineficacia en origen permite la declaración de nulidad con efectos *ex tunc* y retroacción de los efectos del contrato hasta el origen, debiendo procederse al cumplimiento del contrato sin producir eficacia alguna la cláusula declarada nula conforme previene el art. 1303 del CC .

En definitiva, el contrato debió producir sus efectos sin dar transcendencia o eficacia alguna a la cláusula declarada nula y, por ello, declarada la ineficacia de esta, sus efectos deberán ser corregidos desde el inicio del cumplimiento del mismo, suprimiendo las consecuencias derivadas u originadas derivadas de la aplicación de la cláusula nula. En definitiva, el agotamiento del contrato, no impide la revisión de la validez de las cláusulas tachadas como absolutamente nulas y la corrección de sus efectos, sin que el art. 1156 del CC . pueda impedir las consecuencias de la ineficacia declarada."

CUARTO.- Procede, pues, confirmar la sentencia apelada. En cuyo tratamiento de fondo también se está de acuerdo. Pues, obviamente, una corrección de la cláusula de intereses (fijo inicial al 4,65% e intereses variables a Euribor + 0,90 - 2007, 4,54%) 6 páginas después (con un mínimo del 4,50% y un máximo del 9,50%), supone que la protección al alza era prácticamente inexistente y a la baja prácticamente inamovible. Obviamente, no supera el control de transparencia o de comprensibilidad real de la carga económica y jurídica de dicha condición

QUINTO.- La confirmación de la sentencia supone la condena en costas de la parte apelante (art. 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de IBERCAJA BANCO S.A., debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se



realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ