



Roj: **AAP Z 2179/2018 - ECLI: ES:APZ:2018:2179A**

Id Cendoj: **50297370052018200050**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **12/12/2018**

Nº de Recurso: **247/2018**

Nº de Resolución: **584/2018**

Procedimiento: **Civil**

Tipo de Resolución: **Auto**

SECCION Nº 5 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

C/ Galo Ponte, 1-3, Zaragoza Zaragoza

Teléfono: 976 208 053, 976 208 051

Email.: audiencias5zaragoza@justicia.aragon.es Modelo: RES09

Procedimiento Ordinario 0000121/2017 - 00 JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 20 DE ZARAGOZA

Proc.: **RECURSO DE APELACION (LECN) (MIGRACIÓN)**

Nº: **0000247/2018**

NIG: 5029742120170008323

Resolución: Auto 000584/2018

Recurrente: IBERCAJA BANCO S.A. Procurador: SONIA PEIRE BLASCO Abogado: DIEGO JAIME SEGURA ARAZURI

Recurrido: Demetrio Procurador: PEDRO LUIS BAÑERES TRUEBA Abogado: VICTORIA EUGENIA GIL LARCADA

Recurrido: Hortensia Procurador: PEDRO LUIS BAÑERES TRUEBA Abogado: VICTORIA EUGENIA GIL LARCADA

ORGANO REMITENTE: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCION QUINTA.

Dirección: Calle Galo Ponte nº 1, 50003 ZARAGOZA Teléfono: +34976208053, FAX +34976208052

Correo electrónico: audiencias5zaragoza@justicia.aragon.es NIG: 5029742120170002972

Nº Procedimiento: RECURSO DE APELACIÓN Nº **247/2018** Juzgado de Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 20 DE ZARAGOZA

Procedimiento origen: JUICIO ORDINARIO Nº 121/2017

RECURRENTE: IBERCAJA BANCO S.A.

PROCURADOR: Dª SONIA PEIRE BLASCO, Procurador de los Tribunales con despacho profesional en Plaza del Pilar número 16, 3º derecha (50.003- ZARAGOZA), e-mail soniapeire@peireprocuradores.com, y telf.: 976.295.732, Fax: 976.293.669.

ABOGADO: D. JUAN-MANUEL RODRIGUEZ CARCAMO (DESPACHO PEREZ-LLORCA, Despacho colectivo nº 133 del I. Madrid), Abogado Col. 93.660 del I. de Madrid, con despacho profesional en Pº Castellana nº 50 (28.046-MADRID), con e-mail jmrodriguez@perezllorca.com, Fax nº 34-914360430 y teléfono nº 34-91-4360432.

RECURRIDO: D. Demetrio y Dª Hortensia

PROCURADOR: D. PEDRO BAÑERES TRUEBA, colegiado nº 258, con teléfono 976538750, fax nº 976541497, con e-mail: pedrobaneres@procuradores.net.



ABOGADO: D^a VICTORIA EUGENIA GIL LARCADA, colegiada n^o 4522 reicaz, con teléfono n^o 876872732, fax n^o 876872746, e-mail: victoriagil@reicaz.com.

A U T O núm. 000584/2018

Ilmos. Señores:

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO

En Zaragoza, a 12 de diciembre del 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Recurso de Apelación **247/2018**, seguido ante este tribunal de segunda instancia, se solicitó el planteamiento de cuestión prejudicial comunitaria que en el cuerpo de esta Resolución se va a desarrollar. En similar sentido se han planteado cuestiones prejudiciales en los siguientes Rollos de apelación, cuyos datos constan en cada uno de dichos procedimientos, para el debido conocimiento de ese tribunal y a su disposición, si así lo solicitara.

Los Recursos de Apelación, cuyas cuestiones de prejudicialidad se acumulan a la específicamente remitida, son los siguientes:

Rollo 628/2017, Rollo 873/2017, Rollo 947/2017, Rollo

965/2017, Rollo 976/2017, Rollo 986/2017, Rollo

1073/2017, Rollo 1087/2017, Rollo 1137/2017, Rollo

1151/2017, Rollo 54/2018, Rollo 90/2018, Rollo

190/2018, Rollo **247/2018**, Rollo 287/2018, Rollo

290/2018, Rollo 302/2018, Rollo 342/2018, Rollo

347/2018, Rollo 349/2018, Rollo 402/2018, Rollo

433/2018, Rollo 504/2018, Rollo 516/2018.

I.- OBJETO DEL LITIGIO.-

1.- Las cuestiones de prejudicialidad comunitarias que se plantean de manera acumulada, tienen como presupuestos:

-la demanda de un consumidor frente a una entidad financiera (Ibercaja; antes IberCaja o CAJA DE AHORROS DE LA INMACULADA -CAI- y actualmente, Banco Grupo Cajatres).

-el objeto de la demanda es la declaración de nulidad de la *cláusula suelo* o de interés mínimo pactado en un contrato de préstamo hipotecario. Y, además, la declaración de *nulidad de la modificación dedicha cláusula suelo*, recogida en un nuevo pacto entre las partes, reduciendo ese interés mínimo y renunciando a accionar contra la prestamista.

(Esta es la *cuestión nuclear* de las cuestiones prejudiciales presentes).

II.- ANTECEDENTES DE HECHO Y CONTEXTO FÁCTICO.-

2.- Los demandantes (consumidores) reclaman de la entidad financiera la declaración de *nulidad de la cláusula suelo* recogida en la escritura de préstamo hipotecario y, asimismo, la declaración de *nulidad dela modificación de aquélla*, reduciendo el interés mínimo pactado en el préstamo inicial y renunciando a ejercitar acciones frente a la prestamista.

Además, reclama la devolución de lo indebidamente pagado como consecuencia de la aplicación de dicha *cláusula suelo* (interés mínimo en la medida que superaba el interés ordinario pactado).

3.- La entidad financiera se opuso a la demanda.

Alegó:



-Validez de la cláusula suelo inicial, al superar, como condición general de contratación, los controles de incorporación y de transparencia.

-Existencia de una *novación modificativa* de la cláusula suelo (reduciendo el interés mínimo pactado en el préstamo inicial), que, a su vez, recogía la *renuncia* al ejercicio de acciones del consumidor frente a la entidad financiera prestamista.

4.- La litigiosidad relativa a esta cuestión afecta a un importante número de consumidores, pues:

-La entidad IberCaja (CAI) tiene como clientes a un amplio sector de la población de esta Comunidad Autónoma de Aragón (España).

-El *modus operandi* ha sido prácticamente el mismo con todos ellos.

A título de ejemplo, se adjunta como anexo, documento nº1, los asuntos en que se recoge igual situación a la de aquellos en los que se solicita el planteamiento de la cuestión prejudicial, pertenecientes a dos despachos profesionales que presentaron dicha solicitud en los Recursos 628/2017 y 516/2018.

5.- En dichos procedimientos, en un alto porcentaje, la única prueba que se practicaba era la documental; en otros se interrogaba al consumidor y testificaban los empleados bancarios.

6.- El *modus operandi* resulta pacífico. Como consecuencia de la S.T.S. 241/2013 de 9 de mayo, que declaró la nulidad de cláusulas suelo similares a las que introducía CAI en sus préstamos, esta entidad financiera tomó la iniciativa, redactando un documento como el sometido a cuestión ante ese T.J.U.E., y llamando individualizadamente a los consumidores a fin de ofrecerles la firma del mismo.

Según los propios empleados bancarios, (en los supuestos en que fueron llamados como testigos) se permitía a los consumidores acudir con asesor jurídico

-aunque no consta que se les avisara de ello-, pero no se les permitía sacar el documento de la oficina bancaria sin haberlo firmado, por ser órdenes expresas de la entidad. De hecho, lo calificaba como un "documento interno".

7.- Así, en algunos supuestos iniciales de esta práctica, el consumidor, después de haberlo firmado, y previa consulta a un abogado, decidió demandar a la entidad. La cual se allanó a la decisión de nulidad del contrato de novación, aunque pidió que no se le impusieran costas. Doc. 1 del Anexo.

8.- Con estos precedentes, este tribunal de apelación, resolvía los litigios de este contenido fáctico-jurídico, declarando la nulidad tanto de la cláusula suelo inicial como del pacto de novación modificativa y renuncia de acciones.

9.- Y ello en base a:

- La no superación de la cláusula suelo de los controles de incorporación y transparencia.

- La imposibilidad de convalidar o moderar una cláusula radicalmente nula.

- La inexistencia de libertad del consumidor a la hora de negociar una modificación de la cláusula inicial, pues no se partía de su nulidad.

- Insuficiente información sobre el contexto relativo a la proposición modificativa de la cláusula suelo inicial; así como de los concretos efectos económicos de la aceptación de la validez de dicha condición general inicial.

- Tratamiento residual o secundario de la renuncia de acciones.

10.- La reciente S.T.S. 205/2018, 11-abril, sin embargo, consideró que no se trataba de una novación, sino de una *transacción*.

- Que es lícito transigir entre un consumidor y un profesional sobre la validez de una condición general.

- Que la información que consta en el documento ofrecido por el banco resulta suficiente para que el consumidor pueda pactar libremente la convalidación de una posible cláusula nula y la renuncia a accionar por dicha posible nulidad.

- Que dicho documento cumplía los requisitos de transparencia que exige la doctrina del T.J.U.E.

Sentencia que contiene un voto particular que discrepa tanto del resultado como de los argumentos de la decisión mayoritaria.

11.- Como consecuencia de ello se ha solicitado por los consumidores que son parte en los asuntos reseñados en el encabezamiento de este Auto el planteamiento por parte de este tribunal de apelación de cuestiones



prejudiciales comunitarias sobre la adecuación al Derecho de la Unión de la validez del negocio jurídico novatorio o transaccional a que nos hemos referido.

III.-Argumentos de los peticionarios de la cuestión prejudicial.-

12.- Se pueden resumir en los siguientes:

- a) Infracción del principio de no vinculación de cláusulas nulas al prohibir el acceso de dicha cuestión a los tribunales.
- b) Prohibición de moderación y convalidación de cláusulas nulas.
- c) Defectuosa, limitada e insuficiente información precontractual del pacto novatorio o transaccional en un documento prerredactado por el Banco.
- d) Inexistencia de transacción, pues el banco no renunciaba a nada y, además, no tenía finalidad de evitar un juicio, pues no consta que el consumidor fuera a proponerlo; es el banco quien toma la iniciativa en la oferta novatoria o transaccional.
- e) Infracción del efecto disuasorio de la Directiva.
- f) Prohibición de renuncia de acciones por los consumidores en supuestos de posible, previsible nulidad de una condición general.
- g) La carga de la prueba del cumplimiento pleno de la información precontractual obligatoria le corresponde al empresario.
- h) Necesidad de valorar todo el contexto circunstancial para determinar la nulidad tanto de la cláusula suelo, como del pacto novatorio o transaccional.
- i) Se impide u obstaculiza el ejercicio de acciones por parte del consumidor.

IV.- Argumentos de la entidad prestamista.-

13.- Se pueden concretar en los siguientes:

- a) La jurisprudencia del T.J.U.E. admite la renuncia por parte de los Consumidores a los derechos que les concede la Directiva 93/2013/ CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.
- b) El Consumidor fue debidamente informado.
- c) Cuando firmó el documento transaccional era hecho notorio el contenido y alcance de la S.T.S.241/2013, de 9-5-2013.
- d) En todo caso, basta con que supiera que había incertidumbre.
- e) No hubo mala praxis bancaria
- f) No es imprescindible el asesoramiento de abogado para renunciar a un derecho.
- g) La imposibilidad de llevarse el documento fuera de la oficina es una cautela habitual.
- h) No se obstaculiza el ejercicio de acciones por parte del consumidor.

V.- DERECHO NACIONAL

14.-

a) Ley Condiciones Generales de Contratación, 7/1998, de 13 de abril(BOE nº 89, 14-04-1998).

Artículo 7. No incorporación.

No 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b)** Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Artículo 8. Nulidad.



1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Artículo 9. Régimen aplicable.

1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

b) Real Decreto Legislativo de defensa de Consumidores y Usuarios 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios (BOE nº 287, de 30-11/2007).

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se 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.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y 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.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato,

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

c) Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 (BOE nº 206, 25-07-1889).

Art. 1208 Cc .

La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

Art. 1255



Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Art. 1303

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.

CC, arts. 355, 451, 1108.2 y 1308.

Art. 1809

La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

d) Jurisprudencia nacional.

STS 241/2013, 9-5

STS 558/17, 16-10

STS 393/18, 26-6

Principios que recogen:

- doble control (-incorporación; - transparencia o comprensibilidad real de la carga económica).
- información precontractual (conocer con sencillez los efectos de la Condición General).
- No tratamiento secundario e irrelevante de una Condición General.

La STS 558/2017 entiende que: la falta de transparencia de la cláusula suelo determina su nulidad absoluta por tener carácter abusivo. No es posible su convalidación mediante acuerdo posterior en que los prestatarios pedían la reducción de dicha cláusula al mismo nivel que tenían otros compradores de la misma promoción.

La STS 205/2018 afirma no contradecir lo expuesto en la sentencia anterior al razonar que: la novación de una cláusula suelo no la convalida. Pero sí es posible una **transacción** entre profesional oferente y consumidor adherente, cuando haya una situación de incertidumbre sobre la validez de la cláusula suelo.

V.- DERECHO DE LA UNION

15.-

a) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

Artículo. 3

1. *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

2. *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.*

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. *El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.*

Artículo. 4

1. *Sin 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 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.*



2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

ANEXO.

CLAUSULAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 3 1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

Artículo. 5

En 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. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

Artículo. 6

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente

Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Artículo 7

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

b) Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones en el Mercado interior.

Artículo 6

Acciones engañosas

1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado:

a) la existencia o la naturaleza del producto;

b) las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado,



su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto;

c) el alcance de los compromisos del comerciante, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el comerciante o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta;

d) el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio;

e) la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación;

f) la naturaleza, las características y los derechos del comerciante o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido;

g) los derechos del consumidor, incluidos los derechos de sustitución o de reembolso previstos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (1), o los riesgos que pueda correr.

2. También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga:

a) cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor;

b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando:

i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado,

y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código.

Artículo 7

Omisiones engañosas

1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

c) Jurisprudencia T.J.U.E.

S.21-12-2016, (asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15. Francisco Gutiérrez Naranjo vs. Cajasur banco; Ana Palacios vs BBVA; Banco Popular Español vs. Emilio Irlés y Teresa Torres).

S 30-5-2013,(488/2011, Dirk Frederick y Jahani BV)

S 26-1-2017, 421-14, Banco Primus vs. Jesús Gutiérrez).

Principios que recogen.- La STJUE 21-12-2016:

-Interpretación de la legislación nacional conforme al Derecho de la Unión.

-No vinculación del consumidor a una cláusula abusiva.

-No convalidación ni moderación de una cláusula abusiva (STJUE 30-5-2013).

-Apreciación en el caso concreto si en una negociación leal y equilibrada el consumidor-adherente hubiera aceptado la propuesta del profesional-oferente.

-Necesaria información precontractual sobre condiciones del contrato y consecuencias concretas del mismo.

La STJUE de 26-1-2017:

-En la valoración de la abusividad de la cláusula habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias que concurran en su celebración.

VI.- MOTIVACION DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIONPREJUDICIAL.



16.- Siguiendo los principios con que la jurisprudencia nacional y del T.J.U.E. han interpretado la Directiva 93/13 de protección de Consumidores, este tribunal de apelación (y otros tribunales españoles) venían declarando nulas la novación y renuncia de acciones, como se recoge en los apartados 2 a 9 de los Antecedentes de hecho.

17.- La reciente S.T.S. 205/2018 de 11 de abril en su decisión mayoritaria consideró y decidió que la interpretación reiterada por este tribunal de Apelación no era la correcta (apartado 10 de Antecedentes de Hecho).

18.- A juicio de este tribunal y -obviamente- de todos los que solicitan el planteamiento de la cuestión prejudicial, la decisión del Tribunal Supremo se aparta de los principios jurídicos de protección del consumidor recogidos en la legislación comunitaria atinente al caso.

19.- Como dicha sentencia concreta una valoración jurídica de un documento (novación o transacción) que, en la mayoría de los procedimientos, es la única prueba a valorar, este tribunal de apelación no podría apartarse de dicha doctrina mediante una distinta valoración de la prueba (salvo supuestos en los que se hubiera practicado más prueba: testifical, interrogatorio de parte, etc).

20.- El importante número de consumidores en esta situación y la gravedad económica de las consecuencias de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. En muchos supuestos la cláusula suelo había dejado de exigirse (generalmente por decisión de Medidas cautelares). Lo que supone -además de la validez de la cláusula suelo y de su moderación- la devolución al banco de lo no pagado por la suspensión de su exigibilidad, más su interés legal. Y la condena en las costas de la primera instancia al consumidor.

21.- Estas son las razones que hacen necesaria la presentación de las cuestiones prejudiciales que a continuación se van a enumerar.

En atención a lo expuesto,

La Secc. 5ª de la A.P. de Zaragoza,

ACUERDA

formular al T.J.U.E., en el ámbito del art. 267 T.F.U.E. **las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación de los arts. 3 , 4 , 5 , 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo , de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Y su Anexo 1-q) ; así como de los arts. 6 y 7 de la Directiva 2005/29/ CEE del Parlamento y del Consejo , de**

11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones en el mercado interior.

1ª.- Si a la vista del art. 3 de la Directiva 93/13, la modificación de la cláusula suelo en la forma que se gestó el pacto, tal y como se señala en los Antecedentes de Hecho, se puede calificar como Condición General de Contratación.

2ª.- Si, en las mismas circunstancias, se puede calificar como Condición General de la Contratación la renuncia a accionar contra el banco. Es decir, si una condición contractual redactada por el profesional oferente con carácter de generalidad y respecto de cuyo contenido no conste explicación alguna al consumidor adherente, se puede calificar como Condición General de Contratación.

3ª.- Si, en esas condiciones, cuando las consecuencias de dicha Condición General tienen una importancia relevante para el consumidor, se habrían cubierto los requisitos de claridad, transparencia, comprensibilidad real de la carga económica, información precontractual y negociación individual que exigen los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13.

4ª.- Si la exigencia de información precontractual para la determinación de abusividad de una cláusula contractual (art. 4 y 5 Directiva) ha de ser igual o incluso superior cuando se pacte la moderación de una condición previsiblemente nula (consecuencias económicas concretas de la moderación, advertencia de la jurisprudencia recaída al efecto y sus concretos efectos, etc).

5ª.- Si la copia manuscrita hecha por el consumidor reiterando la moderación de la cláusula potencialmente nula resulta bastante para cumplir los requisitos de información precontractual y claridad que exigen los arts. 4 y 5 de la Directiva, para moderar una cláusula previsiblemente nula.

6ª.- Si el hecho de que la iniciativa moderatoria o transaccional parta de la entidad bancaria y la prohibición de sacar el documento de la oficina bancaria, excepto si lo hubiera firmado el consumidor, ha de tener especial relevancia a la hora de apreciar la posible abusividad de la cláusula moderatoria (arts. 4 y 5 Directiva).



7ª.- Si una cláusula previsiblemente nula por abusividad puede moderarse (*principio de novinculación*).

8ª.- Si respecto de una cláusula previsiblemente nula por abusividad frente al consumidor, puede ser objeto de una **renuncia de acciones** por parte de éste (art. 3 Directiva en relación con el Anexo de Directiva 93/13, punto 1-q) y principio de no vinculación art. 6 Directiva).

9ª.- En caso de respuesta afirmativa, si la exigencia de información precontractual ha de ser igual o superior a la requerida en el momento del pacto inicial.

10ª.- Si a tenor de la exigencia de información precontractual (arts. 4 y 5 Directiva) la cláusula de **renuncia** al ejercicio de acciones no puede tener un tratamiento documental **secundario y accesorio** (art. 3, 4 y 5 Directiva).

11ª.- Si la validez de la moderación de cláusulas previsiblemente nulas y la renuncia a la acción pidiendo su declaración de nulidad y efectos serían contrarios al *efecto disuasorio* frente al empresario oferente (art. 7 Directiva y S.T.J. U.E 21-12-2016).

12ª.- Si una cláusula contractual previsiblemente nula por abusiva, por aplicación de los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13, puede vincular al consumidor afectado por la misma mediante el procedimiento de pactar la entidad con el cliente, con posterioridad a la celebración del contrato que la contiene, la inaplicación por el profesional de la cláusula abusiva a cambio de otra prestación por el consumidor. Esto es, se da eficacia a la cláusula nula mediante el pacto con el consumidor de sustituirla por otra más favorable para el mismo. ¿Un acuerdo de esta clase pudiera ser contrario al art. 6.1 de la Directiva?

13ª Si un comportamiento seguido por la entidad bancaria como el descrito en los Antecedentes de Hecho, incurre en la prohibición de comportamiento desleal y práctica comercial desleal con consumidores recogida en el Considerando decimocuarto y arts. 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CEE de 11 -mayo-2005.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia, mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la "Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo" y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial - Fax: 917006350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Conforme a la Recomendación del TJUE (punto 21), remítase original de los autos, quedando testimonio de ellos en este tribunal de apelación. Se remitirán de la siguiente manera:

a).- Auto de petición de cuestión prejudicial, por vía electrónica a la dirección DDP-GeffeCour@curia.europa.eu; y b).- Los autos y el rollo correspondiente, por correo certificado a la Secretaría del T.J.U.E., rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Luxemburg.

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso,

Así lo acuerdan los magistrados de esta Sala.