



Roj: **SAP ZA 22/2015 - ECLI: ES:APZA:2015:22**

Id Cendoj: **49275370012015100022**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2015**

Nº de Recurso: **162/2014**

Nº de Resolución: **14/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

ZAMORA

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN Nº 162/14

Nº Procd. Civil : 182/14

Procedencia : Primera Instancia de Zamora nº 2

Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 14

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente

D. JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D. .PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

D^a. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En la ciudad de ZAMORA, a 28 de enero de 2015.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento Ordinario nº 182/13, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 2 de Zamora , RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 162/14; seguidos entre partes, de una como *apelante* **CONSTRUCCIONES PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, S.L.** , representadas por el **Procurador D. OSCAR CEN TE NO MATILLA** , y dirigidas por el Letrado D. VÍCTOR LÓPEZ RODRÍGUEZ , y de otra como *apelado* BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador D. JUAN MANUEL GAGO RODRÍGUEZ y dirigido por el Letrado D. JORGE CEPPELL NAVARRO , sobre nulidad de cláusula contractual.

Actúa como Ponente, la ltma Sra. D^a. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º 2 de Zamora, se dictó sentencia de fecha 3 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Oscar Centeno Matilla, en nombre y representación de Construcciones Pedro Antonio Rodríguez Rodríguez, S.L., contra Banco Pastor S.A., absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la demanda, con imposición a la actora de las costas causadas."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día 9 de octubre de 2014.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n º 2 de Zamora, en funciones de lo Mercantil, en el Procedimiento Ordinario nº 182/2013, en fecha 3 de abril de 2014, desestimó la demanda interpuesta por la parte ahora recurrente, Construcciones Pedro Antonio Rodríguez Rodríguez, S.L., en la que se pretendía la declaración de nulidad de la denominada "cláusula suelo" que se incorporó al contrato de préstamo con garantía hipotecaria, suscrito por las partes en fecha 28 de Junio de 2006.

La desestimación de la demanda se fundamenta en la no concurrencia en la parte actora de la cualidad de consumidor o usuario y, por tanto, no estar amparado por las normas protectoras de los consumidores y usuarios, por lo que no se invierte la carga de la prueba en relación al hecho de que la cláusula no fue negociada individualmente y no haberse acreditado por dicha parte que se trate de una condición general de la contratación al ser impuesta por la entidad sin negociación individual.

SEGUNDO .- En primer lugar debe ponerse de manifiesto que la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, resulta de aplicación tanto para personas físicas como para personas jurídicas, al ser definido su ámbito de aplicación subjetivo, en su artículo 2 , en el que se señala que la Ley resultará de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional (persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial) y una persona física o jurídica (adherente), actuando ésta última en el ámbito de su actividad profesional o empresarial o no.

En dicha norma se establece que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación y sea firmado y se señala que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas y que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (áticelo 5).

Es en atención a esta regulación que los criterios mantenidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 , pueden ser aplicados a los contratos suscritos entre un profesional y una persona jurídica que lo concierta al efecto de conseguir financiación para su actividad empresarial, puesto que dicha Sentencia considera que la cláusula que tratamos, aunque incida en un elemento esencial del contrato como es el precio, es una condición general de la contratación y, por ello, debe estar sometida al control de transparencia a que se refiere precisamente el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , aunque no resulte de aplicación la normativa protectora de los derechos de Consumidores y usuarios.

TERCERO .- La primera de las cuestiones sobre las que vamos a incidir es sobre la carga de la prueba en relación con le hecho de que la cláusula de que tratamos no fue negociada individualmente. En este sentido es correcto el criterio recogido en la Sentencia de instancia en cuando que, al carecer el demandante de la condición de consumidor, no se produce la inversión de la carga de la prueba y resulta de aplicación las normas generales establecidas en el artículo 217 de la L.E.C .

Ahora bien, este principio general sobre la carga de la prueba que obliga a cada parte a probar los hechos que sirven de base para su pretensión, debe ser interpretado de conformidad con el principio de facilidad y disponibilidad probatoria que se encuentra establecido en el artículo 217.6 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil y dentro del cual tiene cabida el antiguo criterio en materia de prueba de hechos negativos que por su dificultad no puede exigirse a quien alega que un hecho no ha existido.



Este es el supuesto ante el que nos encontramos en este caso, puesto que por la parte actora se está alegando la falta de negociación individual de la cláusula de limitación de la variabilidad de los intereses (suelo) y la Sentencia desestima la demanda basándose en que no ha acreditado que la cláusula no fuera negociada, lo que consideramos que es contrario al principio de facilidad y disponibilidad probatoria a que nos hemos referido anteriormente y que la parte que goza de ello es la entidad bancaria.

Dicha entidad no ha acreditado documentalmente la negociación de forma individual de dicha cláusula. No hay documentos que acrediten los términos de la negociación entre las partes y, por tanto, que la cláusula de la que tratamos se negociara individualmente y para acreditar dicha negociación individual (en este caso porque como señalaron los empleados de la entidad en el acto de Juicio esta era una cláusula que era habitual en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria en el momento en que se firmó el contrato) aporta prueba testifical a cargo de la persona que se encargó de las relaciones con el representante de la demandada. Sobre la valoración de dicha prueba ya nos hemos manifestado en anteriores ocasiones, en el sentido de que esa prueba no puede ser considerada como suficiente al efecto de acreditar la entrega de la información exigida o en este caso de la negociación individual, porque se trata de personas ligadas con la entidad demandada por una relación laboral y cualquier testimonio en contra a los intereses de ésta podría tener consecuencias en su situación estatutaria y laboral. Esta circunstancia hace que este tipo de declaraciones estén afectadas por la existencia de un interés que puede afectar a la imparcialidad.

CUARTO .- La STS de 9 de mayo de 2013 , viene a establecer con carácter general que este tipo de cláusulas forman parte del objeto principal del contrato y, por tanto, son condiciones generales de la contratación, que pueden ser sometidas a control por parte de los órganos jurisdiccionales, si bien dicho control no puede ser un control de contenido, sino de transparencia, que se extiende más allá del control de incorporación de manera que poca importancia tiene el hecho de que la redacción de una cláusula concreta sea clara y comprensible, ya que claridad y la comprensibilidad de una cláusula que incida sobre el precio no elimina el efecto sorpresivo que la misma pueda provocar al contratante.

En este sentido se señala que el efecto sorpresivo de la cláusula no deriva de una falta de claridad en la redacción, sino de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario. Por ello, una cláusula puede ser absolutamente clara y comprensible y, pese a ello, provocar una defraudación en la expectativa del contratante sobre la oferta.

Además el Tribunal Supremo señala que el control de transparencia no se limita al cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa administrativa sobre transparencia bancaria. En definitiva, según la Sentencia, el cumplimiento de los deberes formales impuestos por la normativa de transparencia bancaria no consagra la licitud de la cláusula suelo, porque como puede comprobarse, las exigencias han venido a ser completadas por las recientes reformas legislativas en la materia (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que en su art. 25 exige que se recojan las cláusulas suelo en un anexo expreso a la ficha de información personalizada, con indicación de la cuota de amortización mínima y por la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013 , de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que en su art. 6 exige que se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita por el consumidor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, entre otros, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés) lo que no deja de suponer un reconocimiento del legislador de que las exigencias no eran suficientes al efecto del conocimiento de las consecuencias económicas de la firma de las cláusulas.

Cómo señalábamos anteriormente, el Tribunal Supremo señala que el control de transparencia excede el control de incorporación, al que se refiere la Ley de condiciones Generales de la Contratación al tratar de la no incorporación y la nulidad de determinadas condiciones generales, que considera que no quedan incorporadas al contrato las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (Artículo 7) y que en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas con remisión a lo dispuesto en el artículo 10 bis de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La Sentencia señala la exigencia de un control adicional que denomina doble filtro o control de transparencia adicional, en virtud del cual, aun habiendo superado los requisitos de incorporación, estos pueden resultar ineficaces, señalando que la obligación de transparencia de este "segundo filtro", tiene por objeto, "que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez 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" (parr. 210).

La falta de transparencia se identifica con la defraudación de la expectativa sobre el precio, concretamente se hace referencia a la conversión en la práctica de un contrato a interés variable, en un contrato a interés fijo.



De esta forma, la cláusula suelo sería lícita si su alcance y consecuencias hubieran sido conocidas por el adherente. En este sentido, en el apartado séptimo del fallo de la STS 9.5.2013 (Ar. 3088) se enumeran una serie de circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar el carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia (párr. 296):

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del adherente.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

Y como pone de manifiesto el ATS 3.06.2011 (Ar. 3617), aclaratorio de la STS 9.5.2013, las circunstancias enumeradas constituyen meros "parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra", razón por la cual no se satisface el requisito de transparencia respecto de las cláusulas suelo por el mero cumplimiento de o alguna de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado séptimo de la sentencia. Antes bien, este Auto aclaratorio confirma y refuerza el sentido de la obligación de transparencia que se desprende de la STS 5.9.2013 (Ar. 3088), en cuanto que exige un perfecto conocimiento de la cláusula suelo, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, resultado que se puede alcanzar por una pluralidad de medios, pero que no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas formalidades, ya que no existen medios tasados para obtener el resultado querido que es una perfecta información de los contratantes a la hora de suscribir el contrato.

Como puede comprobarse al examinar el contenido del procedimiento, no podemos considerar cumplido el control adicional de transparencia a que nos hemos venido refiriendo, a la luz de los parámetros citados, porque nos encontramos ante un contrato en el que la limitación de la variabilidad del tipo de interés no aparece claramente identificado como elemento esencial del contrato, falta información de que se trata de un elemento definitorio, no aparecen simulaciones de distintos escenarios que pudiera poner de manifiesto las consecuencias de dicho pacto en la fase precontractual, en definitiva, debe declararse nula esa cláusula o condición general de la contratación.

QUINTO .- Respecto de las consecuencias de esa declaración de nulidad, el criterio de esta Sala quedó fijado en la Sentencia dictada en el Rollo 72/2014, el 22 de octubre de 2014 en la que determinábamos:

"El tema ha sido debatido por múltiples Audiencias, por lo que entendemos necesario y suficiente traer a esta resolución el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha de 8 de mayo de 2014, cuyo contenido y conclusiones esta Sala hace suyos.

"En nuestro ordenamiento - comienza la Audiencia de Barcelona - 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"

Continúa explicando que "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".

Sigue la Audiencia planteando el problema: "Por el contrario, el apelante invoca la reiterada STS y afirma que la misma no acuerda la restitución puesto que, según el TS así lo decidió en su resolución. Ahora bien, ello es debido, como se afirma en el auto combatido, a 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 el TS, antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional sí declara, que la regla general es la retroactividad. Así señala, 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*. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "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"

"También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas - afirma - ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-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"

La Audiencia de Barcelona continúa razonando que "como analiza la Audiencia Provincial de Jaén de manera exhaustiva, en su sentencia de 27/03/2014, adhiriéndose a la retroactividad de efectos: "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: SAP Cáceres 24-02-2014 : tras declarar que se venía acordando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en las sentencias dictadas en los procesos de acciones individuales, por entender, que era un efecto jurídico inherente a la declaración de nulidad de la cláusula, en aplicación del Art. 1303 del Código Civil, atendiendo lo resuelto por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 (.."Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico...") declara la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia. - La misma conclusión se había adoptado ya en otras anteriores como la de 19-11-2013. SAP Burgos de 28-01-2014 : sostiene que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de la nulidad de la cláusula - suelo la ha resuelto expresamente la STS de 9-05-2013, añadiendo además como argumento para sostener la irretroactividad que "la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que puede derivarse de la interpretación sistemática del art. 8.1 en relación con el art. 10.1 y 10.2 de la LCGC, en cuya virtud la no incorporación de la cláusula o la declaración de nulidad no determinará la ineficacia total del contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, extremo éste sobre el que debe de pronunciarse la sentencia, como ha hecho el Tribunal Supremo".

"Además, se reconoce en esos preceptos el principio de infracción conforme al art. 1258 CCv y con ello, la posibilidad de que el Juez valore la posible retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la Ley y, en extensión de esta última, el propio orden público económico", así como que es la solución acogida por un sector importante de Audiencias Provinciales, citando las de Cádiz, Sección 5ª de 13 de mayo de 2013, Cáceres, Secc. 1ª de 8 de noviembre de 2013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), y Córdoba, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2013"

A continuación, la comentada Sentencia analiza otras de diverso signo, que esta Audiencia no desconoce, como las siguientes:

"- SAP Badajoz de 14 de enero de 2014 : tras expresar que en Sentencia anterior de 26 de febrero de 2013 se había entendido que la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo, afectaba a los pagos ya realizados, tal criterio ha de ser revisado a la luz de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo



de 9 de mayo de 2013 , acogiendo sus razones y declarando la irretroactividad, siendo de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6 del C. Civil "

"- SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014 : extracta la STS de 9 de mayo de 2013 en cuanto a los factores valorados a partir del párrafo 293, y resuelve: " Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el art. 1.6 del Cc le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como pueden ser la sentencia de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 23 de julio de 2013 , las de 20 de junio y 2 de octubre de 2013 de la Sección Primera de la AP de Cáceres , la de 17 de mayo de 2013 de la Sección Quinta de la AP de Cádiz, entre otras. Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada".

"- SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013 , razona que no cabe acoger la doctrina del TS en lo que nos gusta, la abusividad, y rechazarla en lo que no nos gusta, la retracción de los efectos de la nulidad , y que no corresponde a los Tribunales de instancia corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado la irretroactividad acogiendo a que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya lo han aplicado en alguna ocasión, y también el TJUE permite esa limitación de la retroactividad por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves, por lo que y aun dejando constancia de la diferencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, siendo muchos los Juzgados de lo Mercantil que han acordado la restitución de las cantidades abonadas, se inclina por acordar la irretroactividad, citando otras sentencias que comparten su criterio (las Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de su Sección 5ª de 17 de mayo de 2013) o Madrid (Sentencia de la Sección 28ª de 23 de julio de 2013)."

"- SAP Granada de 18 de octubre de 2013 : considera aplicable la doctrina de STS de 9 de mayo de 2013 también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales, al considerar que pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto se mantiene en el caso la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno, y también que se trata de una cuestión singular, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato litigioso, pero que no provoca la nulidad total del contrato, sino parcial, "por lo que careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012 , parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad . Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después".

Añade: "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:"

"- SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 (F.J. octavo): "..El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC : "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 sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (STS de 23 de junio de 2008 , entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo de alcance, no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. Pues bien, ello así, aun cuando Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ...niega el efecto retroactivo de la Sentencia, también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesoria de condena a la restitución (como prevé el artículo 12



de la L.C .G.C), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad , deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...".

"- SAP Alicante de 12 de julio de 2013 . Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: "el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012 , y dos de 30 de mayo de 2013 , en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados "a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula". En Base a ello, considera "la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos". Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: "en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Y se concluye que: "La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil , art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses".

"- SAP Álava 9 de julio de 2013 : tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: "la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc", y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 Cc , así: "El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo "; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la STS de 21 de marzo de 2012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad , el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente si que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1303 Cc ."

Finalmente concluye de modo acertado, que esta Sala comparte, que su criterio "coincide con la segunda línea y considera que debe aplicarse con todos sus efectos el art. 1303 CC , es decir con efectos retroactivos y restitución de las prestaciones. Consideramos que la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 , 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 y no por otro motivo, siendo siempre una solución excepcional a la regla general del 1303 CC., puesto que estamos ante un incidente individual de un particular que ya se encuentra en fase de ejecución del préstamo hipotecario, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad."

SEXTO .- En definitiva y por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación y revocar la Sentencia objeto de recurso, estimando la demanda y declarando la nulidad de la cláusula o estipulación CUARTA (cláusula suelo-techo) del contrato suscrito por las partes el 28 de Junio de 2006, condenando a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a que reintegre a la parte demandante las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, desde la fecha de la suscripción del contrato hasta la actualidad, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y sin hacer expresa imposición de los de este recurso (artículo 394 y 398 de la L.E.C).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CONSTRUCCIONES PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, S..L. contra la Sentencia dictada, en el Procedimiento Ordinario seguido con el número 162/14, en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zamora, en fecha tres de abril de dos mil catorce y condenar a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a que reintegre a la parte demandante las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, desde la fecha de la suscripción del contrato hasta la actualidad, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y sin hacer expresa imposición de los de este recurso con imposición de las costas a la recurrente.

.Al estimarse total o parcialmente el recurso, se devuelve a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Frente a esta Sentencia no cabe recurso de casación salvo en el supuesto de interés casacional.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.