



Roj: **SAP OU 334/2015 - ECLI: ES:APOU:2015:334**

Id Cendoj: **32054370012015100176**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2015**

Nº de Recurso: **341/2014**

Nº de Resolución: **187/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 00187/2015

En la ciudad de Ourense a veintinueve de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, seguidos con el nº. 4/14, rollo de apelación núm. 341/14, entre partes, como apelante Banco Pastor, SA representado por la Procuradora Dña. María Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del Letrado D. Alfonso Espada Méndez y, como apelados, D. Torcuato y Doña Silvia, representados por la procuradora Dª. María de la Luz Araujo Novoa, bajo la dirección del Abogado D. Albino Ferreira Rivera. Es ponente la Ilma. Sra. Dª. Josefa Otero Seivane.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 20 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. María de la Luz Araujo Novoa, en nombre y representación de D. Torcuato Y DOÑA Silvia, contra BANCO PASTOR S.A. debo declarar y declaro

1.- La nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en el Hecho Primero de la presente resolución y que establecen un tipo mínimo de interés aplicable, en concreto, del contrato suscrito entre las partes de fecha 18 de enero de 2007, punto octavo (clausula suelo), "las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3'75% nominal ni superior al 12'50% nominal anual", teniéndola por no puesta.

2.- Se condena a la entidad financiera demandada a pasar por esta declaración procediendo a eliminarla del contrato suscrito entre el actor y la demandada.

3.- Se condena a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito entre las partes.

Con condena en costas a la parte demandada".



Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de Banco Pastor SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Versa el litigio sobre la cláusula (cláusula suelo) inserta en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre los litigantes con fecha 18 de enero de 2007, apartado octavo, del siguiente tenor: "límites de variabilidad del tipo de interés. Las partes acuerdan que, a efectos, obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,75 % nominal anual, ni superior al 12,50 % nominal anual".

La sentencia apelada declara su nulidad y condena a la entidad demandada, Banco Pastor SA, a recalcular, excluyendo dicha cláusula, los cuadros de amortización pactados. Interpone recurso aquella entidad con la finalidad de que se proceda al dictado de nueva sentencia por la que, con revocación de la apelada, se desestime la demanda en su integridad, imponiendo las costas a la parte actora quién, a su vez, se opone al recurso y solicita la condena en costas de la contraria.

El primero de los motivos del recurso niega el carácter de condición general a la cláusula discutida lo cual obliga a partir del concepto recogido en el artículo 1.1 de la ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación conforme al cual "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

La STS del pleno de 8 de mayo de 2013 , , mediante la que el Alto Tribunal expone su criterio sobre cláusulas como la que nos ocupa y punto de partida obligado para la resolución del recurso, resume los requisitos necesarios para estimar que determinadas cláusulas son condiciones generales de la contratación en su fundamento jurídico séptimo, párrafos 137 y 138, a saber :a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual" , y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

SEGUNDO.- Según la entidad apelante no se da el requisito de la imposición ya que la cláusula discutida ha sido fruto de una negociación y la apelada ha tenido posibilidad de influir en su contenido.

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, condición que concurre en los actores, establece en su artículo 3.2 , en relación con el requisito de la imposición que "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". La carga de probar la negociación individual incumbe al empresario conforme al artículo 217 LEC y al artículo 82.2 TRLGDCU a cuyo tenor el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba. No puede obviarse que, conforme a la doctrina mantenida en la STS de 9 mayo de 2013 , nos encontramos ante un sector económico en el que se ha pasado de la contratación personalizada a la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-,



acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico", de ahí que la misma sentencia admita como hecho notorio que en los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados, tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados por lo que quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar.

Según el Alto Tribunal, la exégesis del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos". Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

En el caso aquí contemplado la única prueba dirigida a demostrar la negociación individual de la cláusula suelo es la testifical de la empleada de la entidad demandada que la juzgadora de instancia considera insuficiente, en criterio que no puede menos que compartirse, por su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como ordena el artículo 376 LEC. A la relación de dependencia del testigo con la parte que lo propuso, se unen sus manifestaciones en el sentido de que no tenía capacidad de negociación porque era la dirección regional la que fijaba y remitía las condiciones del contrato que ella trasladaba al cliente, así como el hecho de que no recuerde las condiciones que pudieran haberse modificado a instancia de la parte actora, lo cual hace inoperante su defensa sobre una verdadera negociación que, en definitiva no se trasluce de su testimonio y que era fácilmente demostrable mediante la aportación por la entidad apelante de la documentación facilitada como oferta vinculante en cumplimiento de la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En consecuencia, el motivo no puede ser admitido.

TERCERO.- En el segundo motivo se invoca la doctrina de los actos propios y la confirmación del contrato como impeditivos del éxito de la pretensión actuada.

Según el artículo 1311 CC, se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. El término "necesariamente" alude a los actos inequívocos o concluyentes con eficacia jurídica que constituyen la base de la doctrina de los actos propios basada en el principio de buena fe consagrado en el artículo 7.1 CC. Su aplicación "debe ser muy segura y ciertamente cautelosa" como dice la STS de 1 de julio 2011, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos, puestos de relieve en la STS de 26 abril de 2015: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. En idéntico sentido, la STS de 6 de febrero de 2015, con cita de otras muchas, recuerda que su aplicación exige la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, siendo insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca".

La parte apelante pretende deducir la confirmación tácita de la solicitud formulada por el actor, aceptada por el Banco, en el sentido de reducir el tipo mínimo de interés desde el 3,75% pactado hasta el 3%, para el período abril 2010-abril 2011, lo cual resulta inviable. Falta en aquella solicitud el carácter concluyente e indubitado antes aludido en cuanto con ella se trata únicamente de minimizar las consecuencias de la cláusula suelo, con lo que, lejos de consentirla, se está revelando la actitud contraria a ella. Y, lo que es más relevante, porque manteniendo la Sala la nulidad de la cláusula en cuestión, como ya se adelanta que ha de hacerse, la nulidad prevista legalmente es la absoluta o de pleno derecho (artículo 83.1 del RD legislativo 1/2007), no susceptible de confirmación, según jurisprudencia reiteradamente mantenida en relación con la interpretación del artículo 1310 CC.

CUARTO.- En el tercer motivo del recurso la parte apelante muestra su discrepancia con la sentencia apelada en lo relativo al control de transparencia a que se hallan sometidas las cláusulas suelo, por entender que la discutida supera ese control.



El artículo 4.3 de la Directiva 93/1993/CEE dispone "[l]a 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". Con base en este precepto la STS de 9 de mayo de 2013 sienta que no cabe el control de abusividad de las cláusulas suelo como norma general porque describen y definen el objeto principal del contrato en el sentido de que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, pero defiende también que ello no elimina por completo la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, sometiéndolas al doble control de transparencia que la sentencia expone, en línea con la jurisprudencia anterior en relación con las condiciones generales, reiterada, en lo que a la cláusula suelo se refiere, en las SSTS 464/2014 de 8 de septiembre y 138/2015 de 24 de marzo . Ese doble control implica, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ». La transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

La STS 138/2015 insiste en que el hecho de que las cláusulas en contratos concertados con consumidores definatorias del objeto principal del contrato se redacten de manera clara y comprensible "no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación - en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio". Mas adelante razona que "el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ... porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados". Y añade a modo de conclusión "Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación". Defiende la misma resolución la corrección de la exigencia del doble control de transparencia sobre la base de la doctrina sentada en las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , con fundamento en la Directiva 93/13/CEE.

QUINTO.- Tiene declarado esta Sala en precedentes resoluciones (por todas, sentencia de 22 de mayo de 2014), con referencia a la STS de 9 de mayo de 2013 , que el Alto Tribunal entendió que la condición general que contenía la cláusula suelo objeto de la acción de cesación que resolvía superaba el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas generales o particulares, de los suscritos con los consumidores. En definitiva, las cláusulas analizadas no eran transparente ya que. a) Faltaba información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definatorio del objeto principal del contrato. b) Se insertaban de forma conjunta con las cláusula techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existían simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No había información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso las utilizadas se ubicaban entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaban enmascaradas, diluyendo la atención del consumidor. La falta de claridad de la condición general que describe o define el objeto principal del contrato, posibilita el control de abusividad, pero no implica necesariamente que la misma deba ser declarada abusiva y expulsada del contrato. Para ello es necesario que, en contra de la exigencia de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Así el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato", y en la



misma forma se establece en el artículo 82.1 TRLCU. El TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013, indica que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido y para analizar en qué circunstancias se causa ese desequilibrio, pese a las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. El Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 señala que para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto y, en el caso examinado, concluye que las cláusulas impugnadas daban cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustraban las expectativas del consumidor del abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible el empresario, convertía el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza, y por tal motivo las declara nulas. El Tribunal Supremo en base a todo lo expuesto concluye que las cláusulas suelo serán lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuanto el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio".

La sentencia apelada, en su fundamento jurídico séptimo, proporciona las razones que toma en consideración para considerar nula la cláusula suelo discutida que la Sala comparte y hace suyas, sobre la base de la precitada doctrina jurisprudencial, a saber: 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 consumidor, aquí los actores. 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. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

SEXTO.- La intervención de notario en la escritura objeto de Litis no excluye la abusividad. Para dar respuesta a esta objeción, planteada en el recurso, cabe reproducir el razonamiento que sobre el particular contiene la STS del pleno d464/2014, de 8 de septiembre, citada en la STS 138/2015: "sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

La STS 138/2015 añade que "el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los « [...] límites a la variación del tipo de interés », establece que « en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes ». Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado. Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada".

Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2013 mantiene que la "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y



con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre - razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

SEPTIMO.- Distinta suerte merece el último motivo donde se reprocha la retroactividad que la sentencia apelada reconoce a la declaración de nulidad de la cláusula suelo. La cuestión ha sido abordada y resuelta por esta Sala en reiteradas resoluciones ateniéndose, como no podía ser menos, a la doctrina contraria sentada en la STS de 9 de mayo de 2014. Así, SS de 1 de diciembre de 2014, 31 de octubre de 2014, 24 de septiembre de 2014, 28 de julio de 2014 y 22 de mayo de 2014 donde se razonaba "el TS, en principio señala que "como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos o alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est, nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1.303 de 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 disponga en los artículos siguientes". No obstante, a continuación rechaza la eficacia retroactiva, que es la norma general, en base a razones de seguridad jurídica y atendiendo a que la nulidad no se basa en la ilicitud intrínseca de las cláusulas suelo sino en su falta de transparencia; a que su inclusión en los contratos de préstamo a interés variable obedeció a razones objetivas y a que no son inusuales o extravagantes y a que se toleraron durante largo tiempo y a que la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna sino de insuficiencia de información, limitando por ello los efectos retroactivos de la sentencia al declarar que la misma no afecta 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 la sentencia. Considera así el TS 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 de la Constitución Española), como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico a las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pone coto a los efectos absolutos, inevitable y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". De esta forma denegó la eficacia retroactiva a la nulidad, entendiendo que la facultad de decretarlo así cuenta con el respaldo del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando concurren dos requisitos: buena fe en los círculos interesados y riesgo de trastornos graves, entendiendo que dicho dichos requisitos concurren en los supuesto resueltos aplicando al caso la doctrina expuesta ha de concluirse que la nulidad de la cláusula estudiada no autoriza a exigir que se revise la liquidación de la cuenta asociada al préstamo desde su inicio ni a que se devuelvan las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación".

La STS 139/2015 de 25 de marzo se pronuncia de nuevo sobre la cuestión y fija la siguiente doctrina "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Acoge, pues, la jurisprudencia una retroactividad de grado medio que no se conforma con la defendida en la sentencia aquí apelada, doctrina jurisprudencial vinculante para este Tribunal, conforme a la labor complementaria del ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 CC atribuye al Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En consecuencia, procede la revocación de la resolución recurrida en tal aspecto, la admisión parcial de la demanda formulada y, en consecuencia, la no imposición de las costas de la instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC.

OCTAVO.- La estimación parcial del recurso determina la no imposición de las costas devengadas en la alzada (artículo 398 LEC) y la devolución del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Ha lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Pastor SA contra la sentencia dictada el 20 de mayo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en autos de Juicio Ordinario nº 4/14, rollo de sala 341/14, resolución que se revoca en el sentido siguiente; 1) se deja sin efecto la condena que impone a la apelante de recalcular y rehacer los cuadros de amortización del préstamo



hipotecario. 2) no se efectúa expresa condena de las costas devengadas en la instancia, al igual que no se efectúa respecto a las correspondientes a esta alzada.

Se decreta la devolución del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas optar, **en su caso**, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en el plazo de veinte días siguientes al de su **notificación** ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ