



Roj: **SAP Z 674/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:674**

Id Cendoj: **50297370052017100114**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **27/04/2017**

Nº de Recurso: **61/2017**

Nº de Resolución: **212/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00212/2017

N10250DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE **ZARAGOZA**-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052 **N.I.G.** 50297 42 1 2016 0012526

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 19 de **ZARAGOZA**

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000466 /2016

Recurrente: **IBERCAJA SAU**

Procurador: **SONIA PEIRE BLASCO** Abogado: **DIEGO JAIME SEGURA ARAZURI**

Recurrido: **Carlos , Otilia**

Procurador: **SUSANA HERNANDEZ HERNANDEZ** Abogado: **MANUEL PRADEL GONZALO**

**SENTENCIA nº 212/2017**

**ILMOS. SRES.**

**PRESIDENTE EN FUNCIONES**

**D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

**MAGISTRADOS**

**D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

**D<sup>a</sup> CAROLINA MARQUET MARCO**

En **Zaragoza**, a veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

En Nombre de S.M. El Rey

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de **ZARAGOZA**, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 466/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 19 de **ZARAGOZA**, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 61/2017, en los que aparece como parte apelante-demandada, **IBERCAJA SAU**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. **SONIA PEIRE BLASCO**, asistido por el Abogado D. **DIEGO JAIME SEGURA ARAZURI**; y como parte apelada-demandante, **Carlos , Otilia**, representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. **SUSANA HERNANDEZ HERNANDEZ**, asistidos por el Abogado D. **MANUEL PRADEL GONZALO**; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida de fecha 24 de noviembre de 2016 cuya parte dispositiva dice: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Hernández Hernández, en nombre y representación de D. Carlos Y D<sup>a</sup> Otilia , contra la entidad IBERCAJA BANCO, S.A., DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la cláusula suelo/techo incluida, como instrumento de cobertura del tipo de interés, en la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada en fecha 31 de julio de 2008 ante el Notario D. Vicente Morato Izquierdo, número 1656 de su Protocolo, y de su posterior documento privado de rebaja de fecha 9 de agosto de 2013. Y en su consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO A IBERBAJA BANCO, S.A. a restituir a los demandantes en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: la suma, a partir de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 , de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera efectivamente abonada por los prestatarios en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que deberían haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta la cláusula limitativa del tipo de interés declarada nula y la posterior rebaja en documento privado, más los intereses legales desde la interpelación judicial. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución la parte demandada interpuso recurso de apelación y dado traslado a la parte contraria se opuso, elevándose las actuaciones a esta Sala donde se registraron al número de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 19 de abril de 2017.

**TERCERO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales oportunas

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes procesales

Solicitada la nulidad de una cláusula de limitación del tipo mínimo de interés en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 31 de julio de 2008, la demandada alegó la comprensibilidad real de la misma. Además, alegó que existen verdaderos actos propios de la actora que demuestran que el deudor comprendió la cláusula litigiosa como es el documento de novación contractual firmado por los actores, que además supone una novación de la cláusula afectada, una transacción entre las partes, una ratificación del contrato y una válida renuncia del consumidor a reclamar.

La sentencia de la instancia estimó la demanda, si bien los efectos de la nulidad, conforme a lo solicitado en la demanda, fueron limitados a las cantidades abonadas desde el 9 de mayo de 2013.

La demandada formula recurso de apelación fundada en que:

-Que la cláusula en litigio supera el doble control de transparencia que la jurisprudencia ha elaborado.

-Que ha existido un documento privado de novación contractual a lo largo del tiempo referido a la cláusula suelo y suscrito en fecha posterior a la STS de 9 de mayo de 2013 .

-Que el indicado documento novatorio supone la ratificación del contrato original aceptando la cláusula suelo y que existe una renuncia a la acción entablada por la suscripción del documento de novación contractual del año 2013.

La actora reiteró los argumentos de la instancia y solicitó en su escrito de oposición al recurso la aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 atinente a los efectos de la nulidad al caso enjuiciado.

Por esta Sala se dio traslado a las partes a los efectos de que informasen sobre la posible aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al presente supuesto. La demandada consideró que, dado que ella era la única apelante, se producía la infracción del principio de congruencia, en cuanto en ningún momento se había solicitado previamente este pronunciamiento por los actores.

### SEGUNDO.-Control de transparencia de la condición general que impone la cláusula de interés mínimo

A juicio de la demandada la cláusula suelo fue objeto de la debida información y explicación por la entidad al tiempo de suscribir el contrato de préstamo hipotecario.

En un supuesto que presenta similitudes, esta Sala en su sentencia n<sup>o</sup> 156/2016, de 14 de marzo , declaró que:

De otra parte, la declaración del **notario autorizante** en la escritura sobre la conformidad de la escritura con la oferta vinculante, la existencia de limitaciones al tipo de interés variable y la conformidad de la escritura con la oferta vinculante de la entidad no permite, más allá de la información suministrada con el tenor literal de la escritura, no permite dar como acreditado que se explicó por este o por el personal de la entidad el contenido de la escritura y, en especial, la cláusula en litigio - la S.T.S. n<sup>o</sup> 464/2014, de 8 de septiembre -. Se trata de



declaraciones reiteradas o rutinarias propias de todas las escrituras que no consta en el caso concreto se explicase de forma detallada la verdadera trascendencia jurídica que las mismas tenían.

Las ulteriores novaciones, amén de no tener valor confirmatorio alguno como se verá, impiden ser un instrumento de prueba útil para acreditar que el contenido y extensión real de las cláusulas litigiosas, tanto en el aspecto jurídico como en el económico, le fue explicado al actor en el preciso momento de decidir sobre la aceptación o no de los créditos hipotecarios suscritos.

...

En definitiva, no se acredita por la entidad que se hubiera suministrado al actor la concreta información atinente al carácter limitado de la bajada del tipo de interés de la cláusula y su real trascendencia económica y que con tales circunstancias el deudor hubiera decidido libremente aceptar o no la indicada cláusula.

Por lo demás, la tantas veces reiterada condición general reúne las circunstancias que con carácter meramente enunciativo refiere la *STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013* en su epígrafe 225 para negar la transparencia de la cláusula :

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay 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) ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

En consecuencia, no existe el error en la valoración de la prueba denunciado en cuanto la practicada no ha acreditado que la cláusula hubiera superado el doble control de transparencia y hubiera sido aceptada por el consumidor con pleno conocimiento de su contenido y trascendencia".

En parecido sentido, pueden citarse la *sentencia nº 167/2015, de 21 de abril*, y la *nº 410/2015, de 13 de octubre de 2015*, ambas de esta Sala.

En el presente caso, han de darse tales declaraciones por reproducidas por no acreditarse de la prueba practicada por la demandada que de los elementos invocados se desprenda que la actora tuviera una comprensibilidad real de los efectos económicos de la aplicación de la cláusula cuestionada al tiempo de la suscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que no puede estimarse acreditado que la misma hubiese sido objeto de información específica al respecto. Se dice en la contestación a la demanda que se aporta una oferta vinculante del préstamo suscrito pero la misma no obra unida a autos.

### **TERCERO.- Carácter no confirmatorio de la novación contractual realizada**

Invoca la recurrente que en el presente caso los actores habían suscrito un documento privado de fecha 9 de agosto de 2013 en el que los mismos manifestaban en su expositivo haber negociado el contrato de préstamo, haber sido informados de la inicial existencia de una cláusula suelo, así como que la habían negociado -convenido-, que la parte prestataria reconocía la existencia de un tipo mínimo de interés contenido en el contrato y que el tipo de interés mínimo convenido en el contrato y en esta novación propuesta es un elemento esencial del contrato para determinar el tipo de interés que se viene aplicando en el préstamo y, además, tras fijar una cláusula con un interés mínimo menor, mantiene como estipulación -la tercera- que "ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas todas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha cuya corrección reconocen".

Se alega que el actor conocía las características de la cláusula en litigio por la ulterior novación realizada por el actor conociendo ya la cláusula suelo del contrato inicial y su contenido limitador de la bajada de los tipos de interés, así como que esta tenía carácter confirmatorio del contrato y suponía una renuncia a la acción de nulidad. Tal documento no tiene carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma. Así, el auto nº 77/2016, de 18 de febrero, (rollo 565/2015) de esta Sala ha declarado que:

"En el caso concreto, la resolución de la instancia estimó que la sustitución o novación de la cláusula tachada de nula, al no rebasar el control de transparencia exigido por la norma y su interpretación jurisprudencial, era



un acto dispositivo válido de la parte actora al amparo del *art. 1.255 del CC* y, por tanto, equivalía a una renuncia a la invocación de la nulidad sobre la cláusula resultante.

A ese respecto la actora, con fundamento en diversa doctrina nacional y del TJUE, mantiene la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.

En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del *artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13* - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - *quod nullum est nullum producit effectum* -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la *sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014* y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

Incluso frente a las alegaciones de la recurrente habrá que concluir:

a) Que la declaración contenida en el documento novatorio de referencia atinente a la existencia de información sobre la existencia de una cláusula suelo inicial y el carácter negociado de la misma, ha de reputarse **una declaración de voluntad**, no una declaración de conocimiento, y es realizada en el expositivo del documento, unilateralmente prerredactado por la entidad y que no constituye objeto estrictamente del pacto. La existencia o no de información previa y el carácter negociado o no del contrato no dependen de la declaración de los actores en un expositivo de un documento dirigido a rebajar la entidad de la cláusula suelo fijada en el contrato y que no es objeto específico de negociación, sino de imposición, por la demandada dentro de un texto cerrado y en el marco de una campaña general de la misma para pactar con sus clientes esta solución.

Por ello, ni esta declaración estereotipada permite concluir que la actora sabía, ni entonces, ni antes, del carácter de condición general de la cláusula en litigio, ni acredita su carácter negociado, ni que el consumidor que la suscribió tuviera otra intención distinta a la de rebajar su carga económica hipotecaria en alguna medida.

b) Pero, además, el pacto referido a la renuncia a ejercitar acciones, tratándose de una relación consumidor-entidad en el marco de la contratación seriada, no puede tener la eficacia pretendida por la recurrente y ello por lo siguiente:

1) Dentro del propio Código civil, el artículo 1.208 del mismo establece la nulidad de la obligación nueva, si la novada también lo fuera. En el presente caso, la cláusula originaria, tras su enjuiciamiento por el juez *a quo* ha sido considerada nula por contrariar la normativa de consumo, y la Sala, en esta resolución, ha aceptado tal declaración.

2) El propio *art. 1.255 del CC*, aun fuera de la contratación seriada, lo que no es el caso, fija entre los límites a la libertad contractual, el orden público.



- 3) Otro tanto establece el art 6.2 de la CC en lo atinente a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos. El orden público es, de nuevo, un límite a la misma
- 4) En el ámbito del Derecho de consumo, el art 10 de la LGDCU prohíbe la renuncia previa a los derechos de los consumidores y la posterior realizada en fraude de los derechos de los mismos ( art 6 del CC ).
- 5) De igual manera, el art 8, incisos b ) y f), de la LGDCU establece la protección de los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusiva e impone la protección de los mismos mediante procedimientos eficaces para suplir la situación de subordinación, desigualdad e indefensión de estos respecto a los profesionales.
- 6) En el ámbito de la Directiva de protección a los consumidores, el art 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con la finalidad de proteger un principio general de derecho comunitario como es la protección de los consumidores y el reemplazo de un aparente equilibrio formal de los derechos de los contratantes, por otro real, material, apto para restablecer con efectividad la precedentemente inexistencia igualdad entre las partes, se constituye como **una norma imperativa y de orden público** -equivalente a las normas que en el derecho nacional tengan naturaleza de norma de orden público- (STJUE de 21 de diciembre de 2016 y 30 de mayo de 2013 apartado 44). Esto es, la no vinculación de las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es una imposición del derecho comunitario a los estados miembros. La declaración de abusividad de una cláusula ha de tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el consumidor de no haber existido dicha cláusula. (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 61). Por ello, la declaración de nulidad de la cláusula abusiva también habrá de determinar la de aquellos pactos, novatorios, modificativos o, déseles la naturaleza que se quiera, que tengan su fundamento o apoyo en la cláusula declarada nula.

Incluso no puede alegarse que fue el consumidor el que aceptó la aplicación de la cláusula nula, conforme a la STJUE de 21 de febrero de 2013, Asunto C-472/11 , que establece que:

35 Esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor **cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.**

No es este el caso, en cuanto no hubo una renuncia a hacer valer su derecho con conocimiento de la posible nulidad, sino, precisamente y conforme al tenor literal del documento suscrito, este partía de la validez de la cláusula y para mejorar la situación contractual del actor, "teoría del mal menor". En modo alguno la entidad demandada cuestiona, menos aún ante un órgano judicial, la eficacia de la cláusula de interés mínimo en el momento de suscribir el acuerdo novatorio, sino que se atemperan sus consecuencias a cambio de la imposición de la renuncia a reclamar en el futuro y por los intereses vencidos y abonados, cuyo final y definitivo importe no ha conocido el consumidor hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la STS nº 123/2017, de 24 de febrero , que modifica la propia doctrina previa del Alto tribunal. Esto es, se trataba de una renuncia a una pretensión que solo posteriormente se fijó en los términos ya señalados, ineficacia *ex tunc*. Estima la Sala que no es este el supuesto en que el TJUE permite la aplicación de la cláusula nula a petición del consumidor y previa audiencia del mismo. La prueba de que no es este el supuesto es que son los actores, tras la firma del documento novatorio y con fundamento en la ineficacia de su precedente, los que interesan la ineficacia de ambos.

7) En estos términos, de las consideraciones realizadas tanto con base en el derecho interno como en la normativa comunitaria, difícilmente puede estimarse que los actores vinieron contra sus actos propios contrariando la buena fe. Esta alegación, propia del ámbito de la contratación civil negociada, no puede ser mantenida en la contratación seriada por las razones ya expresadas. El actor quería rebajar la carga económica del contrato, para ello aceptó una rebaja de la cláusula de interés mínimo a cambio de unas declaraciones negociales y unas obligaciones que, amén de su mera declaración respecto a las primeras pues no hay prueba de que fueran ciertas, dada la predisposición del negocio jurídico suscrito, es dudoso que fueran más allá de una conformidad genérica con la rebaja del interés mínimo, lejos del pleno conocimiento de los derechos renunciados, novados o confirmados. Reitera la Sala que una efectiva negociación con arreglo a las exigencias de la buena fe contractual hubiera debido partir de la renuncia por la entidad a la inclusión de la cláusula sospechosa y el inicio de una nueva negociación del contenido contractual atinente a los intereses desde una situación previa a la imposición de la cláusula tachada de nula. Por el contrario, la demandada partió, sin ser consciente la actora de ello, del principio contrario, el de la validez de la cláusula de interés mínimo, ofreciendo una rebaja de su rigurosidad y pidiendo contrapartidas para ello.



De todo lo anterior, resulta que la ineficacia del pacto novatorio, no reside tanto en los defectos intrínsecos al mismo, que también los tiene -imposición de declaraciones de voluntad, ofrecimiento de contrapartidas a cambio de atenuar una cláusula ya "sospechosa", que finalmente se ha estimado nula por infracción de la normativa europea y nacional, y efectos atenuadores o moderadores de su eficacia a cambio de la imposibilidad de ejercitar acciones judiciales fundadas en normas de orden público e imperativas-, sino fundamentalmente porque la declaración de nulidad de la condición general originaria tiene un efecto de propagación de los efectos de la nulidad del negocio jurídico a los actos que tengan su base en la misma (sentencia de esta Sala nº 389/15 de 7 de octubre y, recientemente, el TS ha estimado la misma solución y para el negocio de canje de otros productos financieros por los declarados nulos en sentencias nº 584/2016, de 30 de septiembre, y 614/2016, de 7 de octubre).

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la acción de ineficacia frente a la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor en los términos planteados por la recurrente.

Tal doctrina ha de ser reiterada en este acto y aplicada al caso enjuiciado referente a la novación producida en 2013.

Por ello, tampoco esta alegación ha de ser aceptada y ha de desestimarse íntegramente el recurso interpuesto.

#### **CUARTO.- Posible aplicación de la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de interés mínimo al presente litigio**

Solicitada con arreglo a la doctrina jurisprudencial del TS vigente al tiempo de la demanda la declaración de nulidad de la cláusula de interés mínimo y la devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde la publicación de la sentencia de mayo de 2013 del Alto Tribunal. La sentencia de la instancia así lo acordó. El único apelante lo fue la entidad financiera que ha visto desestimado su recurso.

Oídas las partes sobre la posibilidad de aplicar este tribunal de oficio la doctrina emanada de la STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016, la actora lo había solicitado en su escrito de oposición al recurso y la demandada se opuso a ello, por estimar se infringía el principio dispositivo.

Estima la Sala que en el presente caso son varias las razones que permiten la íntegra aplicación de la doctrina fijada por el TJUE en la referida sentencia:

A) -El TS ha venido a moderar la aplicación del principio de congruencia ( STS 707/2016 , 672/2016 y 148/2016) en cuanto la conformidad entre la sentencia y las pretensiones deducidas por la partes se cumple cuando "la relación entre ella y la pretensión procesal, no está sustancialmente alterada en su configuración lógico jurídica".

- No existe infracción de este principio en los actos aplicativos de la doctrina sobre los derechos de los consumidores con base en la Directiva 13/1993, en cuanto la STS de 9 de mayo de 2013, apartado 130, declaró que:

"130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas".

- En el mismo sentido la STJUE de 3 de octubre de 2013 ha declarado que una regulación inflexible de la pretensión deducida, principio de congruencia y prohibición de la *mutatio libelli*, "puede menoscabar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión". Efectivamente, ha declarado que:

38 ...es preciso señalar que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del sistema procesal español, debe considerarse que el referido supuesto es muy improbable, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no deduzca una pretensión subsidiaria, la cual, por lo demás, tendría por objeto una protección inferior a la que tiene por objeto la pretensión principal, ya sea debido a la relación especialmente inflexible de concomitancia que se da entre una y otra pretensión, ya porque el consumidor ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, por analogía, la sentencia Aziz, antes citada, apartado 58).

39 En tal contexto, procede declarar que un régimen procesal de las referidas características, al no permitir que el juez nacional reconozca de oficio al consumidor el derecho a obtener una reducción adecuada del precio de compra del bien, a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión ni de



presentar al efecto una nueva demanda, puede menoscabar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión.

40 En efecto, el sistema español obliga a los consumidores, en lo esencial, a anticipar el resultado de la calificación jurídica de la falta de conformidad del bien, cuyo análisis definitivo corresponde al juez competente, lo que supone que la protección que el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 atribuye al consumidor resulte meramente aleatoria y, en consecuencia, inadecuada. Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el litigio principal, dicho análisis es especialmente complejo y, por ello, la referida calificación depende esencialmente de las diligencias que practicará el juez que conoce del asunto.

B) Un segundo grupo de razones ha sido expuesta por alguna Audiencia, puede citarse en este sentido la AP de Cáceres (Sección Tercera) nº 43/2017, de 16 de febrero, la cual en un supuesto similar establece que :

No se trata de un recurso de apelación en el que la nulidad de una cláusula abusiva no hubiera sido objeto de esta alzada, sino otros de los pronunciamientos de la resolución impugnada. Es el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos, de los que este Tribunal ha visto recientemente varios, en los que el único objeto de la impugnación es la condena o la ausencia de condena a las costas de la primera instancia, supuesto en el que no se discute la nulidad o validez de la cláusula declarada abusiva. Sin embargo, **aquí la entidad financiera recurrente ha cuestionado la validez de la cláusula discutida en el recurso de apelación** .

Por ello este Tribunal, en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil la doctrina citada del TJUE, está obligado al convalidar la declaración de nulidad realizada por el Juzgado de Primera Instancia a **"deducir todas las consecuencias de esa apreciación"** , y la consecuencia inmediata según el propio Tribunal europeo no es otra que la que se deriva de su reciente fallo: es contrario al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, una interpretación que limita los efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

No olvidemos que en la demanda en un otrosí el demandante se reservaba poder invocar en su día la restitución total, si desaparecía el criterio fijado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 , posición de nuestro Alto Tribunal que fue el motivo por el que se solicitaba únicamente la retroactividad débil.

Puesto que se alega el principio de congruencia y de justicia rogada, recordar que el Tribunal Supremo tiene señalado (v. gr. la reciente sentencia del Tribunal de Casación de 25 de noviembre de 2016, núm. 707/2016 en un caso en el que se alegó la existencia de incongruencia y la infracción del principio de justicia rogada), que si bien es cierto que para realizar el juicio de congruencia hay que hacer una labor de comparación entre la parte dispositiva y el objeto del proceso y que "esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido".

Es cierto que dicha sentencia del Tribunal Supremo añade a continuación: "El tribunal de apelación no puede, pues, resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [sólo se defiende al Tribunal Superior aquello que se apela] ( SSTS de 12 de mayo 2006 , Rc. 2915/1999, de 1 de diciembre de 2006 , Rc. 445/2000, de 21 de junio de 2007 , Rc. 2768/2000 ), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, y así viene a confirmarlo la reciente sentencia 331/2016, de 19 de mayo ".

...

**Sin embargo, en el caso presente, el pronunciamiento sobre la nulidad y sus efectos ha sido objeto de pretensión impugnatoria por lo que no deben entenderse consentidos por las partes y no devienen firmes.** Por otro lado, no existe cosa juzgada respecto a un pronunciamiento que ha sido objeto de discusión en esta alzada por la impugnación efectuada por CAJA RURAL DE EXTREMADURA, amén de que **la cosa juzgada no puede ser troceada** . Finalmente, el consumidor nunca renunció a hacer valer sus derechos. Únicamente, en el ejercicio de un cierto pragmatismo jurídico, adecuó su petición a la doctrina del Tribunal Supremo.

C) -Un tercer grupo de razones arranca de la propia doctrina del TS respecto a los efectos de la ineficacia, que realiza con ocasión de la aplicación del art. 1303 del CC en sus sentencias en cuanto la aplicación del mismo, como mecanismo dirigido a restablecer la situación a su ser y estado anterior a la declaración de ineficacia no precisa de especial solicitud al efecto. En este sentido, entre otras, las sentencias del TS nº. 625/2016, de 24 de octubre , nº 716/2016, de 30 de noviembre y la nº 734/2016, de 20 de diciembre establecen que:



- la jurisprudencia ( sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero ; 120/1992, de 11 de febrero ; 772/2001, de 20 de julio ; 81/2003, de 11 de febrero ; 812/2005, de 27 de octubre ; 934/2005, de 22 de noviembre ; 473/2006, de 22 de mayo ; 1385/2007, de 8 de enero de 2008 ; 843/2011, de 23 de noviembre ; y 557/2012, de 1 de octubre ) viene **considerando innecesaria la petición expresa del acreedor** para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma.

Habiendo sido eliminado por STS nº 123/2017, de 24 de febrero , el límite a los efectos de la nulidad de origen jurisprudencial, doctrina anterior del TS, la aplicación estricta del art. 1303 del CC no encuentra obstáculo alguno, ni de derecho material, ni procesal.

-En este sentido también pueden citarse diversas resoluciones de la AP de Murcia (Sección Cuarta) la cual en sentencias nº 60/2017 de dos de febrero , la de 12 de enero de 2017 y las nº 47/2017 y 46/2017 , ambas de 26 de enero, establece que:

3. *A la vista de ello, y aclarado el sentido de la Directiva*, este Tribunal retoma su inicial criterio interpretativo recordando que según el artículo 4 bis.1 LOPJ

*"Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"*

*Por tanto, y a salvo las situaciones amparadas por la cosa juzgada, no cabe imponer a la devolución de cantidades límite temporal , sin que ello precisara siquiera petición expresa de la parte, al ser una consecuencia ex lege derivada de la ineficacia de la cláusula.*

*Así lo impone (i) el art 3 , 6 y 7 de la Directiva y el respeto a la jurisprudencia del TJUE citada y (ii) la jurisprudencia española en los supuestos de ineficacia contractual, y en concreto en interpretación del art 1.303 CC , por lo que debe ser acordada de oficio, sin que sufra merma alguna por ello el principio de congruencia. Como dice la STS de 23 de noviembre de 2011 , reiterada en la Sentencia de 24 de marzo de 2015*

...

4. *Cantidades a devolver con sus intereses legales desde la fecha de pago de cada uno de los pagos de las respectivas cuotas, como así lo prevé el art 1.303 CC , ya que no son propiamente intereses moratorios del art 1.108 CC dado que como dice la Sentencia del TS citada*

*"se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa "*

*Consecuencia de ello es que son aplicables "cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo. "*

2. Correlato de todo lo anterior es la estimación del recurso, ya que el parecer de la sentencia impugnada, que seguía la doctrina jurisprudencial impuesta por el TS, no es ajustado al Derecho de la Unión Europeo y la jurisprudencia del TJUE, por lo que procede la condena a devolver las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula nula, sin limitación alguna, desde la fecha de pago de cada uno de los pagos de las respectivas cuotas,

Por todas estas razones estima la Sala que puede entrar, incluso de oficio, en el examen en esta instancia de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

#### **QUINTO.- Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016**

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y 308/15, ha despejado con gran claridad cualquier duda de contravención de la doctrina del TS con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores al declarar que:

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, **tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula**, en contra de





lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, *DI*, C441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, *Ognyanov*, C614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, *Ognyanov*, C554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

La claridad con que se pronuncia la sentencia en este extremo, exime a la Sala de consideración alguna, y determina la fijación de los efectos de la ineficacia desde la fecha de celebración del contrato de referencia.

#### **SEXTO.- Costas procesales**

Las costas de esta alzada se rigen por los *arts. 394 y 398 LEC*, por lo que, conforme a dichos preceptos, se impondrán a la entidad demandada las costas del recurso por ella interpuesto.

Respecto a las costas de la instancia, no se impondrán a la demandada las costas correspondientes a la pretensión ganada en la apelación por los actores en cuanto al tiempo de oponerse se limitó a invocar la doctrina jurisprudencial elaborada por el TS al respecto. Por ello, las costas de la instancia se limitarán a las ya impuestas, sin extenderse a las de la pretensión estimada en la apelación.

Esto es congruente con la estimación inicial de la pretensión formulada por la actora y, de otra parte, con las múltiples dudas jurídicas existentes en el caso, en cuanto pugnaban la jurisprudencia del TS y la seguida por otros órganos judiciales. Por ello, ha de estimarse que respecto a la pretensión otorgada en la apelación a la actora no procede hacer declaración sobre las costas de la instancia.

En virtud de lo expuesto,

#### **FALLO**

La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por **IBERCAJA BANCO S.A.U.** contra la sentencia de 24 de noviembre de 2016 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 19 de **Zaragoza** al que el presente rollo se contrae, si bien señalamos que los efectos de la declaración de nulidad se producirán desde la fecha de celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria -31 de julio de 2008- y las costas de la instancia se impondrán conforme a lo prevenido en el fundamento sexto de esta resolución, confirmando la resolución recurrida en todos sus demás extremos y con imposición de las costas de su recurso a la recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la desestimación del mismo.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante esta Sala en el plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) BANCO DE SANTANDER,, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

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

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