



Roj: **SAP AB 107/2015 - ECLI:ES:APAB:2015:107**

Id Cendoj: **02003370012015100064**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2015**

Nº de Recurso: **326/2014**

Nº de Resolución: **25/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA OTILIA MARTINEZ PALACIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

ALBACETE

SECCION PRIMERA

Apelación Civil 326/14

Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Albacete, Proc. Ordinario 608/13

APELANTE: BANCO CASTILLA LA MANCHA

Procurador: Ana Luisa Gómez Castelló

APELADO: UNION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE ALBACETE en nombre de Obdulio y Lourdes

Procurador: Rosario Rodríguez Ramírez

S E N T E N C I A N U M . 2 5

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Ilmos.Sres.

Presidente

D. César Monsalve Argandoña

Magistrados

D. José García Bleda

Dª. Otilia Martínez Palacios

En Albacete a trece de febrero de dos mil quince.

VISTOS en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos nº 608/13 de Procedimiento Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete y promovidos por Unión de Consumidores y Usuarios de Albacete en nombre de Obdulio y Lourdes contra la entidad Banco de Castilla La Mancha; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 2 de julio de 2.014 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso la referida demandada. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 30 de enero de 2.015.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y

1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Rosario Rodríguez Ramírez, en nombre y representación de Unión de Consumidores de Albacete, actuando ésta en representación de D. Obdulio y Dª Lourdes , contra Caja de



Ahorros Castilla La Mancha (actual **Liberbank**), representada por la Procuradora D^a Ana Luisa Gómez Castelló, debo declarar y declaro la nulidad de la limitación del tipo de interés mínimo que la entidad demandada viene aplicando a la escritura de préstamo hipotecario de fecha 16 de marzo de 2006, otorgada ante el Notario D. Martín Alfonso Palomino Márquez, condenando a la demandada a estar y pasar por la referida declaración; se condena igualmente a la parte demandada a devolver a la parte actora las cantidades cobradas indebidamente, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, debiendo para ello recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la limitación del tipo de interés mínimo. Se imponen las costas causadas a la parte demandada.- Notifíquese a las partes la presente resolución. Contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Albacete, a interponer en un plazo de veinte días.- Así lo acuerda, manda y firma Eva Martínez Cuenca, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil de Albacete."

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la demandada, representada por medio de la Procuradora D^a. Ana Luisa Gómez Castelló, bajo la dirección del Letrado D. Luis Ferrer Vicent, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazada la parte demandante, por la misma, representada por la Procuradora D^a. Rosario Rodríguez Ramírez, bajo la dirección de la Letrado D^a. Francisca Tornero Restoy, se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo las mencionadas Procuradoras en las representaciones indicadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Otilia Martínez Palacios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de representación de Banco Castilla La Mancha se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 2 de Julio de 2014 por la Ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete, que estimó la demanda interpuesta por la Unión de Consumidores y Usuarios actuando en nombre de Obdulio y Lourdes, declarando la nulidad de la limitación del tipo de interés mínimo que la entidad demandada viene aplicando a la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el 16 de marzo de 2006, condenándola a estar y pasar por dicha declaración, condenándole igualmente a devolver a la parte actora las cantidades cobradas indebidamente, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, debiendo para ello recalcular el cuadro de amortización desde su constitución, sin tener en cuenta el tipo de interés mínimo. Con imposición de costas.

La parte apelante recurre la sentencia basándose, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Como primer motivo esgrime que el perfil del contratante no se ha tenido en cuenta en la sentencia, pues se trata de un empleado de banca, por lo que aunque sea consumidor, es una persona experta en la materia, por lo que no es verosímil que no se haya negociado, constando en su escritura un tipo de interés inferior al de otras pactadas en el mismo momento. Por lo que no se puede alegar desconocimiento.

También se esgrime en este mismo motivo que la entidad bancaria no tenía obligación de informar al tratarse de una subrogación de hipoteca sin intervención de la entidad bancaria.

Se continua esgrimiendo error en la valoración de la prueba al referir la sentencia que no consta en la escritura pública la imposición de cláusula suelo, por cuanto al subrogarse lo hicieron en todas las cláusulas, habiendo recibido copia de la escritura, no cabe entender que un empleado de banca se subroga sin conocer todas las cláusulas de la escritura, por lo que niegan que se trate de una condición general de la contratación.

Como segundo motivo se esgrime la irretroactividad de la nulidad declarada, ni cabe la devolución de las cantidades abonadas.

Como último motivo de apelación se alza el recurrente contra la condena en costas para el supuesto de estimar la petición del recurso y no condenarle a la restitución de las cantidades, en cuyo caso cada parte abonaría las suyas y comunes por mitad.

SEGUNDO.- La parte contraria se opone al recurso.

TERCERO.- Con carácter previo a resolver la cuestión objeto de controversia debemos dar unas pinceladas sobre la materia.

Es cierto que, el contrato, pertenece a la esfera del Derecho privado o dispositivo, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, si bien, el Estado, como fuente material de Derecho objetivo, cada vez más, en



atención a modernas tendencias político-sociales, despliega cierta influencia en el mundo de la contratación, garantizando con ello, en cuanto sea posible, el imperio de la justicia y de la buena fe.

El principio de la autonomía de la voluntad, tiene sus límites naturales, que se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1255 del Código Civil, que establece que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Además de otros límites en artículos dispersos en el Código Civil como en los artículos 1275, 1116 y 1459. Sin embargo, dejando al margen estos límites naturales del principio de la autonomía de la voluntad, es con el Derecho moderno y en atención a los postulados propios del Estado Social Democrático, especialmente en la esfera del Derecho social, donde encontramos más énfasis en el intervencionismo estatal en el mundo de la contratación.

Conforme a ello, a tenor del mandato del Constituyente en el artículo 51.1.2.3 CE, que a fin de cuentas permite limitar la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), y el auge de los contratos de adhesión, por formularios o con condiciones generales de la contratación como instrumento propicio para la contratación en masa, -auténtico "modo de contratar" en la actualidad (STS 406/12, de 18 de junio)-, es en el campo de la protección de los consumidores y usuarios, donde más limitaciones hallamos al principio de la autonomía de la voluntad. Ámbito en el que en los contratos que se suscriben se constata una clara situación de preponderancia de una de las partes. Conculcándose con claridad la presunción liberal de la libertad e igualdad de las partes contratantes, que ha obligado al Legislador tanto nacional como comunitario, a limitar el juego libre de la autonomía de la libertad, en aras de proteger los derechos de la parte más débil.

Una manifestación de ello es la Directiva comunitaria 13/93 y la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, aunque esta última ley no recogió la posibilidad de articular un control de transparencia en relación a cláusulas relativas al objeto principal del contrato que vislumbra la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas, que aunque su considerando decimonoveno establece que "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", finalmente positiviza su artículo 4.2, en su último inciso se establece una excepción, "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 13/93, se hallaba recogida en la redacción del párrafo 5 del artículo 10 bis 1 de la LGDCU, que introducía la Disposición Adicional 1ª del Proyecto de Ley Generales de la Contratación de 1997, que fue finalmente suprimido tras la aprobación de la enmienda núm. 71.

Esta falta de transposición, en su momento y con el paso de los años, dio lugar a diversas interpretaciones, no sólo a los efectos de dar satisfacción a la obligación de transparencia contenida en el artículo 4.2 de la Directiva no transpuesta, sino incluso dirigidas a erradicar la posible puerta abierta al control judicial de precios ante la ausencia de una norma que expresamente prohibiera el control de contenido del objeto principal del contrato o del precio, es decir, del equilibrio objetivo de las prestaciones. Posibilidad no obstante, sin base legal alguna, en tanto la propia formulación positiva de la llave general de la abusividad del artículo 10 bis 1 de la antigua LGDCU 26/1984, no hablaba del "justo equilibrio de las contraprestaciones" como hacia el artículo 10.1.c, sino del "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones". Con lo cual, queda claro, que el control de contenido o material de abusividad, no es un control de precios o del objeto principal del contrato, es decir, un control del contenido económico.

En los últimos años, varios operadores jurídicos y en especial la doctrina científica, ante la aparente conformación de dos compartimentos estancos que realiza la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, distinguiendo exclusivamente entre el control de inclusión y el control de contenido de las cláusulas predispuestas o no negociadas, habían puesto de manifiesto la insatisfacción del sistema, para brindar la debida tutela a los consumidores y usuarios que impone la Constitución. Constatándose en el tráfico la existencia de cláusulas impuestas en abuso del poder de predisposición, sustancialmente ventajosas para el predisponente, que por superar el control de inclusión, por reunir los requisitos formales de incorporación del contrato (legibilidad, comprensibilidad y concreción, arts. 5.5 y 7 b de la Ley de Condiciones Generales de Contratación), quedaban fuera de control por no admitir el control de contenido. Bien porque están referidas al objeto principal del contrato, -respecto del cual en una economía de mercado desde una concepción clásica la justicia del precio se tutela exclusivamente por la libre competencia-, bien porque las cláusulas no podían ser entendidas gravemente perjudiciales, en cuanto el fundamento del control de transparencia atañe más a la existencia de un déficit de conocimiento y por tanto a la libre formación de la voluntad o del consentimiento.

Ahora bien, nacida la sentencia del T.S de fecha 9 de mayo de 2013 ha clarificado la cuestión.

Así, debemos empezar diciendo que la incorporación de una condición general de la contratación a un contrato no supone per se que estemos en presencia de una cláusula abusiva, ya que es lícito la utilización en el tráfico



jurídico de condiciones generales de la contratación facilitando la multiplicidad de transacciones económicas en un mundo globalizado. Así lo dice la citada sentencia afirmando que no son ilícitas, como también dice la S.T.S de fecha 18 de junio de 2012, "se trata de un fenómeno que comporta en la actualidad un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen causal propio y específico".

Ahora bien dichas condiciones deben cumplir un triple control:

Control de incorporación.

Control de transparencia.

Control de abusividad para el supuesto de consumidores y usuarios.

CUARTO.- Pues bien, en el presente recurso aunque no se discute la condición de consumidores de los actores, si se pone de relieve que dado que el contratante era empleado de banca conocía y sabía de la cláusula y su contenido, pues de lo contrario no se hubiera subrogado en el préstamo hipotecario. Pues bien, este argumento debe decaer al estar huérfano de toda prueba que lo acredite, se viene a decir que por ser empleado de banca y experto en informática y ofimática, ya sabía de la cláusula, su contenido, alcance, habiendo tenido opción a otras ofertas y si finalmente contrató con ella fue debido a que le era más favorable. Sin embargo, nada de ello se ha probado, correspondiendo la carga de la prueba a la demandada al estar en el ámbito de la legislación de consumidores y usuarios, por lo que si nada se ha probado, esos conocimientos y negociación, no se puede concluir que existieron, y ni mucho menos que pudo evitar la referida cláusula.

También se esgrime que al estar ante una subrogación de un préstamo hipotecario, la entidad bancaria no tiene ninguna obligación de informar, es el empresario a quién corresponde. Pero tan peregrino argumento no puede prosperar, pues como es bien sabido para que exista subrogación debe mediar el consentimiento de la entidad prestamista, subrogándose los nuevos deudores en la posición del antiguo deudor, y quedando circunscrita la relación contractual entre el nuevo deudor y el acreedor, por lo que este deudor, en tanto que ocupa la posición de aquel, con todos sus derechos y obligaciones, debe ser informado de todas las consecuencias y efectos que la relación contractual va a desplegar para él, y dentro de las obligaciones del banco lo está, sin duda, exponerle las condiciones del contrato, que no hizo, porque se argumenta que no tenía obligación, como tampoco se ha probado que le facilitara un folleto informativo, oferta vinculante y demás documentación que establece la OM de 5 de Mayo de 1994 y Real - Decreto - ley 2/2003 de abril sobre medidas de reforma económica. No siendo cierto que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 no sea aplicable a los contratos de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario anterior constituido por un promotor. Dice el art. 1 de dicha Orden que "será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria" exigiendo como requisitos de tales préstamos que hayan sido suscritos para compra de vivienda por prestatarios personas físicas y por importe inferior a 25 millones de pts (importe luego suprimido por la Ley 41/2.007). Visto el tenor literal de la norma, no nos ofrece duda que la subrogación de una persona física - que pasa a ser el prestatario - en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda que contrató inicialmente la promotora encaja perfectamente en la calificación de actividad relacionada con la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria referida más arriba y, por tanto, es de plena aplicación a dichos contratos, más aún cuando el contrato fue novado con la cláusula discutida. En este sentido es significativo que para los casos de subrogación en préstamo concedido al Promotor, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ya contemplaba en su Memoria de 2012 el criterio a seguir en el caso de entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación y novación del préstamo estableciendo que " Dado que la modificación de las condiciones del préstamo implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación, una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga. Ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo...". Es decir, debe recibir el mismo tratamiento y la misma protección legal que si hubiera concertado el préstamo inicialmente con la entidad de crédito, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la Orden, debió recibir información exhaustiva del contenido del contrato en la forma prevista por Anexo I, y también y de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Orden, debió recibir la oferta vinculante con el contenido recogido en el Anexo II con la antelación suficiente.

Luego si la propia demandada reconoce que ella no le informó porque no tenía obligación, es absurdo pensar, que fueran a negociar las cláusulas y condiciones del contrato en el que se subrogaban, y entre ellas la cláusula suelo objeto de este procedimiento. Sin que sea un hecho suficiente del que inferir que existió negociación, el haber aportado dos escrituras públicas de los años 2008 y 2007, documentos dos y tres de la contestación a la demanda, en las que se pactó un interés superior, porque ello dependería de la negociación con estos



clientes. Por consiguiente, cabe concluir que se trata de una condición general de la contratación en tanto que fue predispuesta, impuesta y existente en una generalidad de contratos. Artículo 10 de la L.C .G.C., en la que no existió una negociación individual y consensuada. Sin perjuicio, como ya hemos dicho, de que el hecho de conocerla, no le priva de calificarla como condición general de la contratación , de conformidad con la citada ley y la sentencia del T.S de fecha 9 de Mayo de 2013 , por cuanto se trata de una cláusula de uso general incorporado a multitud de contratos, cláusula que se impone sin posibilidad de negociación , como lo demostraría el propio hecho de estar ya impuesta en el contrato de préstamo, habiéndose subrogado los actores en todo el contenido del contrato, sin que conste modificación alguna o negociación individual, hecho que se avala con la propia declaración del notario que depuso como testigo al decir que él les leyó la escritura , como no puede ser de otra forma, pero que no es la notaría el lugar de explicar el contenido de las condiciones del préstamo ni las consecuencias económicas de las cláusulas , salvo que se le pregunte expresamente, lo que no hace nadie. Y el testigo legal representante de la promotora dice que él no les informó de las condiciones del préstamo ni les dio copia de la escritura. Por lo que no cabe sino reafirmarnos en lo ya expuesto de que si no se les informó, mucho menos se pudo negociar. Descartando el argumento repetido de la recurrente de que por el hecho de haber sido empleado de banca no se le puede presumir que existió una negociación de las consecuencias de la cláusula suelo, que para nada se ha probado esa realidad, incumbiéndole la carga a la parte actora.

QUINTO.- Se continua argumentando en este mismo motivo error en la valoración de la prueba porque se discrepa de la sentencia cuando se dice que no consta en la escritura la cláusula suelo, cuando se está diciendo en la misma, que se subrogan en todas las cláusulas del préstamo al promotor, y cuyo contenido declara conocer y aceptar, manifestando que copia del préstamo obra en su poder.

Pues bien, no existe ningún error en la prueba, porque lo cierto es que no consta en la escritura de subrogación, sin perjuicio de que conste en el préstamo al promotor, y que pueda entenderse incorporada por remisión, aunque tampoco se prueba, pues ni siquiera se aporta dicha escritura. En la escritura de subrogación del préstamo, documento nº 2 de la demanda, se dice "...en la forma y plazos convenidos en la escritura de hipoteca mediante la que se constituyó , cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente; manifestando la parte adquirente que copia del préstamo obra en su poder". Pues bien, dice que conoce, que no sabemos en que términos y qué es lo que conoce, cuando no consta la misma, pero en todo caso, esa incorporación por remisión no puede entenderse bien realizada, pues así se colige del artículo 5 de la LCGC, ya que ni se firmaron por todos los contratantes, ni se hace referencia expresa a la misma en el contrato, ni se ha probado que tuviera conocimiento completo de ella y supiera las consecuencias económicas que para él podía tener su incorporación.

Por consiguiente, cabe concluir, como lo hace la sentencia recurrida, que la cláusula discutida no pasa el primer control, cual es el de incorporación al contrato, artículo 5 y 7 de la L.C .G.C., siendo innecesario pasar a examinar si cumple el resto, por cuanto es obvio que si no consta en el contrato, y su incorporación por remisión a otra escritura no colma el requisito de estar debidamente incorporada no puede valorarse su transparencia, claridad, concreción, sencillez, artículo 5,5, amén de no ser estas últimas cuestiones objeto del recurso.

Por lo expuesto este motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- En lo que respecta a la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula controvertida debe correr la misma suerte desestimatoria de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 del Código Civil .

Conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 09.05.13 EDJ 2013/53424 , eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, "(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva " (parr. 276). Y " como regla, 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 " (lo que es nulo no produce ningún efecto-. Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil EDL 1889/1 - " 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-" (parr. 283).

Luego el TS, haciendo uso de " la posibilidad de limitar la retroactividad " de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (parr. 293), termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" (pronunciamiento décimo del fallo). A juicio de la Sala, este pronunciamento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC . EDL 1889/1 Porque el TS " declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia ", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) " no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de



cosa juzgada " (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) " a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia " (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art. 223.3 LEC EDL 2000/77463). Y no lo hace.

Así las cosas, en el presente caso, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado (pendiente de concretar) pueda generar ningún " riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico " (párr. 293, letra k). Esta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo. Y no es aplicable a este caso. La concreción de la suma a devolver deberá hacerla la propia entidad bancaria, que dispone de los programas informáticos necesarios para su determinación efectuando las operaciones aritméticas que correspondan.

Pues bien, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otros asuntos similares, haciéndonos eco de la primera dictada, sentencia nº 50/2014 , ponente Sr. García Bleda, dictada el pasado día diecisiete de marzo, en la que expresamente consta *"en este caso se ejercita una acción individual, no colectiva y la Sala estima igualmente que es atendible la petición de retroactividad, pues aunque los prestatarios han venido aceptando, durante varios años, la existencia de la cláusula, sin manifestar nada en contra, pues no efectuaron reclamación alguna hasta el 21 de febrero de 2013 (Documento 5 de la demanda) y no se ejercitó acción judicial hasta el mes de junio de 2013, cuando habían transcurrido más de trece años desde el otorgamiento del contrato de préstamo hipotecario, y aunque no se anula el contrato en su integridad, ya que como señala la ya citada Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 , "seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva", como regla, 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" (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil "...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...". La cláusula es nula y no procede su integración, pues ello se opondría al Derecho Comunitario (STJUE de 14 de junio de 2012).*

No es ocioso recordar que la regla contenida en el parcialmente transcrito art. 1.303 del Código Civil es clara y, como se expresa en su texto, sólo admite las excepciones que señalan los artículos que siguen.

Su aplicación ha sido indiscutida (STS 8/1/07 y 22/11/06 , entre otras) en los supuestos de declaración de nulidad hasta la Sentencia de 9 de mayo de 2013 . Esta sentencia hace una declaración de nulidad, pero declara que no ha lugar a la retroactividad de la misma, de manera que 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 su publicación. No hace declaraciones la Sentencia respecto de las nulidades que ulteriormente pudieran decretarse en otros procedimientos judiciales. Además, conviene recordar que la propia sentencia niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad.

Es cierto que la sentencia analizada matiza afirmando que las cláusulas suelo son lícitas, que responden a razones objetivas, que no son inusuales o extravagantes, que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, que su nulidad no deriva de su ilicitud intrínseca ni de su oscuridad interna, sino de su falta de transparencia. Pero también lo es que finalmente decreta su nulidad, y la nulidad debe llevar consigo los efectos del art. 1303 CC .

Debe recordarse que el Tribunal Supremo dictó su sentencia respondiendo a una acción colectiva frente a 3 entidades de gran importancia en el sector bancario español y que, por tanto, el número de contratos afectados era enorme. Podía por tanto imaginarse un importante impacto al orden público económico, y ese fue el criterio casi principal en que fundó el Tribunal Supremo la no retroactividad, tomándolo de la Jurisprudencia del TJUE [trastornos graves junto a la buena fe (S. de 21/3/13 , RWE Vertrieb)].

Pues bien, las cantidades que habrá que devolver en el presente caso, desde luego, no van a tener trascendencia en el orden público económico, y ante unas circunstancias diferentes a aquellas en las que el Tribunal Supremo dictó su sentencia, en aras al principio de seguridad jurídica, es claro que ha de estarse a lo dispuesto en el art. 1303 CC y ordenar la restitución de las cantidades que la demandada percibió por la aplicación de la cláusula declarada nula.

Es más, no acordar la devolución de cantidades, además de quebrantar el art. 1303 CC , supondría beneficiar a quien introdujo la cláusula declarada nula. Las entidades financieras con la publicación de la sentencia del TS de 9/5/13 han conocido los parámetros que el Alto Tribunal ha señalado para la validez de las cláusulas suelo, ciertamente tan rigurosos que aquellas debieron entender la suerte que correrían la mayoría de las cláusulas



insertas en sus contratos, y pese a ello, no las anularon por impulso propio. De esta manera han obligado a los consumidores a asumir unos gastos para litigar. Y es más, si no se respeta el art. 1303 CC el banco seguirá obteniendo indebidamente un interés en base a una cláusula nula y cuanto más tiempo corra (por ejemplo con todo tipo de peticiones o incidentes procesales) mejor para la entidad financiera. Es decir, la devolución ab initio se impone también por elementales razones de justicia. Además, debe presumirse que la entidad bancaria, incluso sin la cláusula suelo, siempre va a ganar o no va a perder, pues por encima del euríbor cobrará el diferencial, que es la ganancia del banco cuando ambas variables están por encima de la cláusula suelo."

Por consiguiente, la restitución de las prestaciones que impone el art. 1303 CC supondrá, además de la inaplicación en delante de la cláusula, que la demandada debe recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la cláusula anulada, debiendo devolver a los actores, en su caso, las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula con el interés legal correspondiente.

A este respecto decir que el recurrente esgrime que se le produce indefensión, por cuanto no consta una fórmula que sirva para determinar la cuantía, ni siquiera se intuye el origen de la misma allí determinada, no habiéndola determinado ni el periodo de la misma, sin embargo ninguna indefensión se le produce porque los intereses los seguirá calculando el banco, como ha hecho hasta ahora, sólo que sin tener en cuenta la cláusula suelo, y como se dice en la sentencia recurrida, se debe recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la limitación del tipo de interés mínimo.

En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto.

SEPTIMO.- Respecto de las costas, tanto las de instancia como las del recurso deben imponerse a la parte recurrente, por cuanto que la demanda ha sido íntegramente estimada y el recurso desestimado en todas sus peticiones, arts. 394 y 398 de la LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

En virtud de lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución Española aprobada por el pueblo español.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Castilla-La Mancha contra la sentencia dictada en fecha 2 de julio de 2.014 en los autos de Procedimiento Ordinario 608/13 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 3 de Albacete, **CONFIRMAMOS** dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia.

No tífquese esta resolución observando lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley orgánica del Poder Judicial 6/85, de 1º de Julio.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En Albacete, a trece de febrero de dos mil quince.