



Roj: **SAP BU 217/2015 - ECLI:ES:APBU:2015:217**

Id Cendoj: **09059370032015100055**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **01/04/2015**

Nº de Recurso: **51/2015**

Nº de Resolución: **87/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00087/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0002786

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000051 /2015

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000139 /2014

RECURRENTE : IBERCAJA BANCO,S.A. IBERCAJA BANCO,S.A.

Procurador/a : EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ

Letrado/a : FRANCISCO JOSE HORCAJO MURO

RECURRIDO/A : Apolonia

Procurador/a : ALVARO BENJAMIN MOLINER GUTIERREZ

Letrado/a : OSCAR MOLINUEVO DIEZ

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Juan Sancho Fraile** , Presidente **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia** y **Doña María Esther Villimar San Salvador** , ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº. 87

En Burgos, a uno de abril de dos mil quince.

VISTO Por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 51/2015, dimanante del Juicio Ordinario 139/2014, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, sobre nulidad cláusula contractual y reclamación de cantidad, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2014 ,



en los que aparece como parte apelante, **IBERCAJA BANCO, S.A.** representado por el Procurador de los tribunales, don Eusebio Gutiérrez Gómez, asistido por el Letrado don Francisco José Horcajo Muro; y, como parte apelada, **DOÑA Apolonia**, representada por el Procurador de los tribunales, don Alvaro Benjamín Moliner Gutiérrez, asistido por el Letrado don Oscar Molinuelo Díez, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan Sancho Fraile, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que debo estimar y estimo íntegra la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Alvaro Benjamín Moliner Gutiérrez contra Banco Grupo Cajatres SA (ahora Ibercaja antes Caja Círculo), representado por el Procurador de los Tribunales D. Eusebio Gutiérrez Gómez y declaro la nulidad del límite mínimo establecido para los tipos de interés variable en la estipulación cuarta 3ª Bis de la escritura hipotecaria de 5 de marzo de 2.008 otorgada ante el notario de Burgos Don José María Gómez Oliveros Sánchez de Rivera al número 1.430 de su protocolo integrando la parte del contrato afectada por la nulidad, condenando a Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros (actualmente Ibercaja) a estar y pasar por la anterior declaración y a restituir las cantidades cobradas indebidamente así como a pagar los intereses correspondientes desde cada fecha del indebido cobro; así como que se condena a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Ibercaja Banco S.A., se presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Y dado traslado a la otra parte, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 31 de marzo de 2015 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Por la representación de la parte demandada y apelante, Ibercaja Banco S.A. (antes Banco Grupo Cajatres SA), se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas procesales de ambas instancias a los demandantes.

La parte apelante alega que la cláusula suelo litigiosa, del 3,75 %, declarada abusiva, no fue impuesta y se facilitó información previa y suficiente, en base a dos consideraciones:

A) La primera, que, antes de la firma de la escritura pública de préstamo, fue entregada a la actora oferta vinculante del préstamo en la que consta la referida cláusula, lo que acredita su información, y no pudo pasar inadvertida.

En la oferta vinculante, doc. 2 contestación, folio 128, dentro de las Condiciones Financieras Particulares, aparece una casilla "% mínimo", 3,75, dentro de otra, denominada "Interés Variable", con Índice de referencia (Euribor) y diferencial de 0,59.

No hay mayor precisión y comprensibilidad real de su alcance, y ponerse con otros datos que ofrecen una idea de variabilidad del tipo de interés -en este sentido, STS Pleno 8 septiembre de 2014, en relación a este tipo de documento, F.D. 2º, 9-.

Tal referencia, no implica un conocimiento de lo que significa la cláusula suelo y los riesgos asumidos, esto es, ofrecer la información debida que incumbe a la entidad bancaria.

B) En cuanto a la intervención notarial, de la lectura de su contenido, incluso de su conocimiento, no implica la obtención del conocimiento de la trascendencia real de las consecuencias económicas, y en concreto, de la cláusula litigiosa, que es lo jurídicamente relevante.

En la escritura no consta alguna explicación, reserva o advertencia sobre el mínimo pactado; y las que constan, folio 60 vto., son genéricas a las legales y fiscales, o de protección de datos de carácter personal.

C) En los documentos unidos se recoge el cuadro de amortizaciones de las seis primeras cuotas, a interés fijo, 4,79990 Nominal y 5,49 TAE.



En la cláusula 4ª bis, b), folio 51 vto., se hace referencia (al tipo de interés, TAE) que "variará con las revisiones el tipo de interés", lo que contrasta con la existencia de un tipo mínimo, que no puede variarse a la baja.

Como viene a señalar la STS mencionada, la transparencia (comprensibilidad) no se sufre con la lectura de la escritura, sino del desarrollo de la reglamentación predisuelta.

SEGUNDO .- En cuanto a la consideración de condición general y transparencia, este Tribunal, ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada -autos nº 150/3024, de 19 de febrero, 61/2015, de 26 de febrero y 38/2015, de 9 de febrero, y nº 82/2015, de 26 de marzo .

Se trata de una condición general, en los términos definidos por el artículo 1 de la LCGC, y las características que expresa la STS de 9 de mayo de 2.013 : contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Es impuesta una cláusula cuando el **consumidor** no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere o consiente en contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; y no es negociación, cuando no hay una posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas contractuales; recayendo la prueba de su no inclusión en pluralidad de contratos en el empresario o profesional. La Sentencia mencionada no ofrece duda al respecto, al señalar que "el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo" (F.D. 7º, párrafo 144).

Y es lo cierto que la entidad financiera demandada no ha acreditado lo contrario, ni consta en las actuaciones -la oferta se denomina de vinculante, que el solicitante puede "aceptar la oferta" (no modificada o negociada) o rechazarla, y el derecho a examinar del proyecto de escritura con tres días de antelación (en relación a la oferta y sus condiciones particulares).

La S.T.J.U.E. de 3 de junio de 2.010 extiende la aplicación de la Directiva mencionada al carácter abusivo de las cláusulas contractuales, sin excluir los elementos esenciales del contrato. Así lo ha entendido este Tribunal Sª nº 126/2012, de 23 de marzo, en la que se califica la cláusula suelo como una propia condición general, a lo que no se opone que recaiga sobre un elemento esencial del contrato, y por la condición de **consumidor** del prestatario, persona física -ex artículos 7 y 8 de la LCGC y 80 y 82-1 TRLGDCU-.

Y se añade que "la naturaleza de condición general deriva porque, de ordinario, se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en sus términos, limitándose a aceptarla y adherirse a ella, sin una efectiva y real negociación. No se desnaturaliza por el hecho de que, en ciertos casos y clientes, se establezcan otras condiciones parecidas, o no se establezcan las cláusulas litigiosas -con tipo de interés variable y referencial, por otro fijo -en atención a otras razones, comerciales o por el cliente".

En cuanto a la transparencia (comprensibilidad real) y abusividad de la cláusula, nos remitimos a la argumentación contenida en el Auto nº 38/2015, de 9 de febrero, expresándose que "para el Tribunal Supremo no son transparentes todas aquellas condiciones generales que afectan al contenido económico del contrato y de las cuales no se ha dado una información clara y suficiente al **consumidor**. Ahora bien, esta información lo que supone es la necesidad de que sobre aquellas condiciones que afectan a los elementos esenciales del contrato, como son la cosa y el precio, haya existido una negociación individual. No basta con recoger estas condiciones de una forma clara y comprensible en el folleto de condiciones generales. Una tal redacción cumplirá con los requisitos de claridad, concreción y sencillez, previstos en el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, pero no necesariamente el de transparencia. Ello es así porque por principio las condiciones generales no tienen por qué ser conocidas de forma efectiva por el **consumidor** en el momento de la contratación; basta con que puedan serlo, porque la redacción cumpla los requisitos de claridad, concreción y sencillez. De hecho lo que caracteriza a las condiciones generales, típicas de la contratación en masa, es que el adherente se adhiere a todas las que le presenta para su firma el empresario predisponente, entre otras cosas porque no tiene más remedio que hacerlo así, ya que son cláusulas sobre las cuales no suele existir negociación individual. La posibilidad de mostrar la disconformidad con el contenido de tales cláusulas se deja para un momento posterior, para el ulterior control de contenido, permitiendo al **consumidor** que alegue entonces el carácter abusivo de alguna (s) de ellas. Pero lo anterior, que es válido para aquellas condiciones generales que fijan el contenido normativo del contrato, definiendo derechos y obligaciones que no forman parte de los elementos esenciales del negocio, no vale para aquellas otras que si regulan estos elementos. Respecto de estas si es necesaria la negociación individual, no basta con que estén redactadas con claridad y sencillez, y el empresario deberá probar que el **consumidor** había tenido conocimiento efectivo de ellas antes de contratar. De lo contrario lo que existirá es una condición general no transparente, que precisamente por su falta de transparencia puede someterse al juicio de abusividad para determinar si causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, como dice el artículo 82.1 del RD Leg 1/2007 .



"Lo anterior supone someter al juicio de abusividad o control de contenido de las condiciones generales, no solo a aquellas que no se refieren a elementos esenciales del contrato, que son las condiciones de carácter normativo, sino también a las condiciones que regulan los aspectos económicos del contrato pero que no han sido objeto de negociación individual. Este era el propósito de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores** cuando su artículo 4.2 excluía de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas aquellas referidas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Lo que, entendido en sentido positivo, significa que aquellas cláusulas no redactadas de forma clara y transparente no están excluidas del control de abusividad.

"En el particular relativo a la cláusula suelo, la STS de 9 de mayo de 2013 declaró su falta de transparencia por las siguientes razones:

- 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.

"Todas estos motivos concurren aparentemente en la cláusula litigiosa, en la que de la misma manera solo tenemos la escritura del préstamo donde la cláusula suelo, o de limitación a la variación del tipo de interés, aparece, a pesar de tratarse de un cláusula que afecta a un elemento esencial como es la remuneración del préstamo, como una condición general más. No se ha dejado constancia (correos electrónicos...) de la necesaria negociación sobre dicha cláusula que hubiera debido preceder a la firma del préstamo. Tampoco hay constancia de otras alternativas de préstamos de la misma entidad o de otras entidades, con otras cláusulas suelo, que reflejaran una verdadera alternativa para el **consumidor** a la hora de contratar uno u otro tipo de préstamo. Por no haber no hay los escenarios de subidas o bajadas de los tipos de interés a los que se refiere la sentencia citada. Debe por lo tanto llegarse a la misma conclusión que alcanza el TS sobre la falta de transparencia.

"Declarada la falta de transparencia de la cláusula suelo ello nos permite entrar en el control de su contenido referido a su posible carácter abusivo.

"Se considerarán cláusulas abusivas -dice el artículo 82.1 del RD LEG 1/2007 - todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

"Lo que caracteriza a una cláusula abusiva es el desequilibrio que produce entre el empresario y el **consumidor**, en perjuicio lógicamente de este último y de una forma importante. A diferencia del juicio de abusividad que hace el Tribunal Supremo, que es un juicio de abusividad en abstracto como corresponde al supuesto de tratarse de una acción colectiva, en este caso estamos en condiciones de apreciar la abusividad por lo que se refiere al préstamo firmado por un determinado **consumidor**, si bien los elementos que nos permiten concluir sobre la falta de equilibrio son los mismos. En la STS de 9 de mayo de 2013 (nº 264) se describe el desequilibrio de la siguiente manera: "Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia - único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del **consumidor** de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

"Con parecidos términos podemos decir que el equilibrio existente en un préstamo que se firma con un interés variable experimenta un fuerte retroceso en perjuicio del **consumidor** con una cláusula suelo que limita las bajadas de los tipos de interés, y con una cláusula techo que está destinada por su carácter elevado a su no aplicación. De ahí el desequilibrio, pues el **consumidor**, que tiene derecho a esperar, porque así lo ha negociado,



que su préstamo se abarate con la bajada de tipos de interés, se encuentra con que dicho abaratamiento no se produce por efecto de la cláusula suelo".

Con parecidos argumentos podemos declarar el carácter abusivo de la cláusula litigiosa, en este caso porque con una cláusula suelo del 3,75% la protección del Banco frente a eventuales bajadas del mismo era mucho más fácil que se alcanzara que la protección del cliente frente a las eventuales subidas. Obviamente tal diferencia de trato implica un desequilibrio en beneficio del Banco.

TERCERO.- La parte apelante se opone, en último término, a la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo litigiosa.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente este Tribunal, Sentencia 24/2015, de 28 de enero y 72/2015, de 17 de marzo y 82/2015, de 26 de marzo , cuya argumentación sirve al supuesto procesal.

Este Tribunal se decanta por reconocer la retroactividad a la nulidad estimada de la cláusula litigiosa.

Conviene precisar previamente que es pertinente distinguir entre una acción colectiva de cesación y la acción individual de nulidad, que es el supuesto procesal. Distinción que no es jurídicamente irrelevante, desde una perspectiva jurídico-material, porque, aquélla, despliega sus efectos hacia el futuro, y ésta, desde el pasado. Es doctrinalmente pacífico que, conceptualmente, son acciones distintas, con situaciones fácticas distintas, de modo que es coherente que, las consecuencias jurídicas y económicas, sean distintas, acordes con la causa de pedir, los hechos que la integran y la pretensión ejercitada de la que forma parte, es decir, lo que se pide y en base a la acción en virtud de la cual se pide, actuando un derecho subjetivo concreto.

De ahí, que se establezca la distinción entre nulidad estructural de un negocio jurídico, propia de los vicios del consentimiento, como es el caso (afectante a un elemento esencial del contrato), que comporta los efectos del art. 1.303 Código Civil , y la nulidad funcional, sin eficacia sancionadora alguna.

Es, también, doctrina pacífica que, los efectos del art. 1303 Código Civil , son consecuencias legales y naturales a la resolución o nulidad contractual; de aplicación general y pacífica, por el concepto de naturaleza (legal) de sus efectos.

Por otro lado, no es lo mismo un interés difuso que el individual, o un efecto corrector de esta naturaleza, frente a la petición de cesación o prohibición de establecer una cláusula, concurriendo ciertas circunstancias.

Por eso, se explica, que la integración que reconoce el art. 10-2 LCGC no supone la inaplicación del art. 1.303 del Código Civil , existente la remisión expresa del art. 9 LCGC al Código Civil .

En los supuestos, como el enjuiciado, la entidad de los efectos no se aprecia que puedan producir un grave trastorno en la economía nacional, que se opone para excluir el principio general de la retroactividad, pues siempre quedaría un interés que abonar, representado por la fórmula de tipo variable pactada (diferencial más índice de referencia).

De esta manera se restituye el equilibrio de las prestaciones y se evita un enriquecimiento injusto, porque la inicial transmisión patrimonial carece, como es visto, de causa legal que la justifique, en lo que excede a la fórmula mencionada.

Valoración que se intensifica, cuando la cláusula ha tenido solo efectividad en contra del **consumidor** y nunca del Banco, que ha mantenido la cláusula y su aplicación tras la Sentencia del T.S. de 9 de mayo de 2013 .

También procede añadirse criterios de derecho comunitario como: a) que no le cabe al Juez nacional modular o integrar los efectos de la nulidad por abusivas de cláusulas con **consumidores**, atendida la meridiana redacción de la Jurisprudencia comunitaria; b) el efecto de la no vinculación a las cláusulas abusivas que se establece claramente en el artículo 6 de la Directiva 93/13 .

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

La no vinculación no puede ser graduable ni parcial, ni dependiente de datos aleatorios. La legislación interna ofrece recursos suficientes para evitar esa vinculación suprimiendo los efectos nocivos de la cláusula nula y el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de-2010 ha acordado la devolución retroactiva en supuestos de nulidad de cláusulas abusivas; c) con un valor meramente doctrinal, el Informe, de 27 de abril de 2000, de la Comisión, a cerca de la aplicación de la Directiva 93/13, alusiva a que la decisión judicial por



la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato, es decir, con efectos ex tunc.

Este criterio de la retroactividad se mantienen por distintas AA.PP. : Jaén (SS 27 marzo y 4 abril 2014), Málaga, sección 6ª (S. 12 marzo 2014), Barcelona, Sección 15 (S. 16 diciembre 2013), Alicante, Sección 8ª (S. 23 julio 2013), Álava (SS 9 julio y 23 noviembre 2013), Albacete, Sección 1ª (S. nº 81/2014), Ciudad Real (S. 11 julio 2013), Cuenca, Sección 1ª (30 julio 2013), Murcia, Sección 4ª (S. 13 marzo 2014), Oviedo, Sección 5ª (S. 28 marzo 2014), Valencia, Sección 9ª (S. 9 de junio 2014), Castellón (S. 28 julio 21014), León Sección 1ª (S. 18 septiembre de 2014), LLeida, Sección 2ª (S. 24 septiembre 2014) y Zamora (S. 22 octubre 2014).

De las Sentencias mencionadas se destacan las siguientes:

- SAP MÁLAGA, SECCIÓN 6 DE 12-03-2014 (F.J. octavo):

"Cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción

*ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de - una cláusula contenida en un contrato celebrado con **consumidores**, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...".*

AP Barcelona, [15, de 16-diciembre-2013].

" Consideramos que la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos y no por otro motivo, siendo siempre una solución excepcional a la regla general del 1303 CC., puesto que estamos ante un incidente individual de un particular que ya se encuentra en fase de ejecución del préstamo hipotecario, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad."

AP Alicante, Secc. 8ª de 23 de julio de 2013

*"La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil , art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias , arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses"*

AP Albacete, Sec. 1ª, nº 50/2014, de 17 marzo .

" Pues bien 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, [aunque no se anula el contrato en su integridad, ya que como señala la Sentencia del TS de 09.05.13 , "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 ")

Sobre el enriquecimiento injusto dentro del marco de las cláusulas suelo se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia Sección: 9; Sentencia de 9 de junio de 2014 no 174/ 2014 :

" Esa declaración judicial, tratándose del ejercicio de una acción individual de nulidad, necesariamente conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 Código Civil -que rige tanto para las obligaciones nulas como para las anulables-, y respecto del que la jurisprudencia viene declarando que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior a efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto (SSTS 11/02/2003 , 06/07/2005 , 22/04/2005 , 12/07/06 , 23/06/2008); obligación de



devolución que, como señala la STS de 8 de enero de 2007, nace de la Ley, por lo que no requiere petición expresa, y que, según STS de 9 de noviembre de 1999, es "...una consecuencia ineludible de la invalidez e implícita...". Por tanto, en el presente caso se ejercita una acción individual de nulidad del contrato para la que el artículo 1303 del Código Civil establece una consecuencia por imperativo legal y cuya aplicación, por razón de la estimación de tal acción, necesariamente ha de suponer la estimación de la pretensión de los Sres. Juan Ramón y Salome en orden a la que la entidad demandada devuelva las cantidades que ha venido cobrando por razón de la aplicación de la cláusula que ha sido declarada nula".

Por último, señalar el derecho a una aplicación paritaria de la Ley, ex artículo 14 de la Constitución, sin que en este momento procesal, exista circunstancia jurídica que justifique un cambio de criterio.

CUARTO .- Al confirmarse la sentencia de instancia, con desestimación del recurso de apelación, procede la imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante; y no apreciarse circunstancia legal determinante de otro pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.