



Roj: **AAP VI 3/2015 - ECLI:ES:APVI:2015:3A**

Id Cendoj: **01059370012015200002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2015**

Nº de Recurso: **355/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821 rodriguez.e2@AJU.ej-gv.es Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-13/017360

NIG CGPJ / IZO BJKN :01.059.47.1-2013/0017360

N.I.G. PV / IZO EAE : 01.02.2-13/017360

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN : 01.059.47.1-2013/0017360

R.apela.Merca L2 / 355/2015 - A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 Vitoria / Merkataritza arloko 1 zk.ko Epaitegia

Autos de 624/2013 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: CAJA LABORAL POPULAR S.C.C.

Procurador / Prokuradorea: Dª ANA ROSA FRADE FUENTES

Abogado / Abokatua: Dª Mª TERESA COBO MARTÍNEZ Recurrido / Errekurritua: Dª Pura

Procurador / Prokuradorea: Dª PATRICIA SÁNCHEZ SOBRINO

Abogado / Abokatua: D. JUAN CARLOS ISASI MARTÍNEZ

A U T O

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMA SRA PRESIDENTA: Dª MERCEDES GUERRERO ROMEO **MAGISTRADO:** D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA
MAGISTRADO: D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI

LUGAR: VITORIA-GASTEIZ

FECHA: Veintidós de septiembre de dos mil quince

ANTECEDENTES DE HECHO

El litigio origen en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

1. Dª Pura , limpiadora que ha estudiado Educación General Básica y carece de conocimientos financieros, suscribió con Ipar Kutxa, entidad luego absorbida por Caja Laboral Popular S.C., un contrato de préstamo con garantía hipotecaria documentado en escritura pública ante notario el 3 de agosto de 2004, por importe de



180.000 €, destinados a la compra de la vivienda en que reside en la CALLE000 nº NUM000 , piso NUM001 NUM002 , de Vitoria-Gasteiz, que se devolvería en 35 años, con un tipo de interés inicial del 3,25 % y a partir del segundo mes, interés variable más Euribor incrementado en 0,55 %.

2. En el último párrafo de la cláusula tercera, relativa al tipo de interés, se dispuso lo siguiente: " *El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE por ciento ni inferior al DOS CON SETENTA Y CINCO por ciento nominal anual* ".

3. Tras producirse un prolongado descenso del tipo de interés, a partir del mes de abril de 2009 operó el límite inferior de 2,75 %, interés que ha sido abonado por la prestataria al banco prestamista.

4. El 1 de agosto de 2013 D^a Pura se dirigió al servicio de atención al cliente del banco prestamista, explicando que la citada previsión final de la cláusula tercera había sido impuesta, que no se le había informado de su existencia, que por ello no hubo negociación, que considera que esa previsión es condición general de la contratación, que considera que su inclusión de este modo es abusiva y vulnera el Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y que por ello solicita que se deje de aplicar la cláusula que limita la bajada de tipo de interés, se recalculen las cuotas insatisfechas y se devuelva lo cobrado indebidamente en aplicación de dicha cláusula.

5. Tras rechazarse la petición extrajudicial por el banco, el 20 de noviembre de 2013 la Procuradora de los Tribunales D^a Patricia Sánchez Sobrino, en nombre y representación de D^a Pura , asistida de la abogada D^a Carlota Isasi Salvarri, presentó demanda frente a Caja Laboral Popular S.C.C. ante los Juzgados de Vitoria-Gasteiz, que el siguiente día 22 se reparte al Juzgado de lo Mercantil nº 1.

6. En la citada demanda se narra cómo D^a Pura suscribió el préstamo, que desconocía la existencia de esa cláusula que además recoge un límite máximo del 15 % que considera desproporcionada y con remotas posibilidades de aplicarse, que no se le explicó en fase precontractual pues la negociación se centró en el interés inicial, revisiones y plazo, que no fue advertida que si el tipo de interés bajaba del 2,75 % los intereses a abonar no bajarían de dicho importe, que no se le facilitó oferta vinculante, que el notario ante el que se formalizó el préstamo no informó sobre esta cláusula y que, por todo ello, no percibió su existencia hasta que comenzó a aplicarse

7. En su justificación jurídica la demanda expone que la cláusula limitadora de la variación del tipo de interés tiene la consideración de condición general de contratación en el sentido que dispone la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que no fue negociada, que la demandante ostenta la condición de consumidor y que por la remisión que el art. 8.2 de dicha norma hace al Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre , que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, tal cláusula debe ser considerada abusiva al haber sido predispuesta, no negociada y perjudicar al consumidor, por lo que solicita en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , y el art. 1303 del Código Civil , sea declarada nula, inaplicable en lo sucesivo, y en cuanto a lo aplicado, el recálculo de las cuotas y la devolución de las cantidades que se abonaron por operar esa limitación del 2,75 %, así como las costas.

8. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, tras subsanarse la omisión de tasa judicial y apoderamiento de la demandante, admitió la demanda como juicio ordinario nº 624/2013 mediante decreto de 28 de enero de 2014, dando traslado al demandado para contestación.

9. El 27 de febrero de 2014 la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Rosa Frade Fuente, en nombre y representación de Caja Laboral Popular S.C.C., asistida de la letrada D^a Cristina Santo Domingo Vicario, admitiendo su condición de sucesora de Ipar Kutxa, compareció en el procedimiento de juicio ordinario.

10. En la contestación a la demanda Caja Laboral Popular S.C.C. alegó que en el préstamo discutido se había cumplido con el deber de información que le correspondía como prestamista, que se atendieron las obligaciones de información y transparencia, que una hipotética falta de la misma no acarrearía nulidad sino únicamente control de abusividad conforme a las normas protectoras de los consumidores, que la cláusula analizada no es abusiva, que existe un procedimiento previo seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, autos nº 471/2010, que pueden suponer litispendencia o prejudicialidad respecto de los presentes, que la cláusula no se impuso, que ha habido actos propios de la prestataria que ha abonado puntualmente las mensualidades del préstamo que desmienten que no conociera la existencia del límite a la baja, que estas cláusulas son válidas, eficaces y admitidas por el Banco de España, el legislador y el Tribunal Supremo, que no hay desequilibrio entre el límite mínimo y el máximo, que si la cláusula no fuera válida no podría retrotraer sus efectos más allá de la fecha de la sentencia que lo declare, y que, por todo ello, procede la desestimación de la demanda.



11. El 3 de abril de 2014 se dispone en diligencia de ordenación tener por contestada la demanda y citar a las partes a audiencia previa del juicio ordinario a celebrar el siguiente día 11 de junio.
12. En la audiencia previa no se alcanza acuerdo, se pronuncian las partes sobre los documentos aportados, se fijan los hechos controvertidos, se admite prueba testifical y documental, y se cita para la celebración de juicio el 29 de octubre de 2014.
13. Celebrado el juicio, el 15 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz dicta sentencia en juicio ordinario nº 624/2013 cuyo fallo dice:
- " *QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Pura representada por la Procuradora Patricia Sánchez Sobrino frente a CAJA LABORAL POPULAR COOPERATIVA DE CRÉDITO representada por la Procuradora Ana Rosa Frade Fuentes, **DECLARO:** La nulidad de la cláusula recogida en la estipulación Tercera Bis de la escritura pública de préstamo hipotecario suscrita por las partes el 03.08.2004 ante el Notario Fernando Ramos Alcázar, en la parte que dice: "El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **QUINCE** por ciento, ni inferior al **DOS CON CINCUENTA** por ciento nominal anual"; manteniendo la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.*
- Y **CONDENO** a la demandada:*
- *A estar y pasar por la declaración anterior y a abstenerse de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo su vigencia los contratos con el resto de cláusulas.*
 - *A devolver al demandante las cantidades cobradas en cada una de las cuotas mensuales del préstamo hipotecario indicado a partir del 10.09.2004, fecha de inicio del interés variable, que excedan de la aplicación del tipo de referencia (Euribor aplicable en cada cuota) más el diferencial establecido en la escritura (0,55) y que hayan sido cobradas en aplicación del mínimo del 2,75 % hasta que la cláusula sea suprimida.*
- Siendo estos, datos que con mayor facilidad puede presentar la demandada, habrán de hacerlo en la liquidación que se practique en fase de ejecución.*
- *A abonar los intereses moratorios (interés legal) desde la fecha del cobro de cada una de las cantidades anteriores hasta el pago de las mismas, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC .*
 - *Al recálculo del cuadro de amortización, contabilizado el capital que debió ser amortizado a la fecha en la que se deje de aplicar la cláusula suelo pero sin que por ello pueda suponer un enriquecimiento injusto para el prestatario.*
 - *Se condena en costas a la demandada".*
14. El Juzgado entiende en la sentencia referida que D^a Pura no fue informada de la existencia de la cláusula en fase precontractual, que no percibió en la notaría la existencia de esa limitación entre las distintas cláusulas que fueron leídas, que la misma no fue negociada, que genera un perjuicio al consumidor, que por ello es abusiva, que padece falta de transparencia en su incorporación y, por todo ello, que es procedente declararla nula conforme a lo dispuesto en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y los artículos 82 a 85 del Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Aplica entonces el art. 1303 del Código Civil, tras estudiar la incidencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 y 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013, y ordena la devolución de todo lo cobrado indebidamente desde que comenzó a aplicarse la cláusula el 10 de septiembre de 2004.
15. Frente a tal sentencia presentó recurso de apelación Caja Laboral Popular S.C.C., firmado por la abogada D^a María Teresa Cobo Martínez, reiterando su alegación de litispendencia o prejudicialidad civil respecto del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, autos nº 471/2010, alega error en la aplicación de la normativa jurídica por considerar inaplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación a la cláusula suelo, afirma que la prueba se ha valorado incorrectamente porque hubo efectiva negociación de esa cláusula que no se impuso, pues pudo acudir a otra entidad, se le facilitó la información precontractual que dispone la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, se ofrecieron explicaciones por sus empleados, y el préstamo fue leído por el señor Notario. Añade que no se incurre en falta de transparencia en la incorporación de la cláusula al contrato, la cláusula no es abusiva, no es procedente el recálculo del cuadro de amortización, que se vulnera la doctrina sobre el efecto de una eventual nulidad recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 y, finalmente, que no procede ser condenada al pago de las costas, solicitando la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda en la instancia.



16. Admitido el recurso mediante diligencia de 16 de febrero de 2015, se opuso al mismo la representación procesal de D^a Pura , que argumentó contra todo lo recogido en el recurso y defendió que era procedente la devolución de todas las cantidades que dispone la sentencia de instancia, incluso anteriores a la fecha en que se dicta la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, y aún a la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , remitiéndose los autos a la Audiencia el siguiente diez de abril.
17. Recibidos los autos en la Secretaría de esta Audiencia, en fecha 3 de junio de 2015 se formó el Rollo, registrándose y turnándose la Ponencia al Sr. Magistrado D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI.
18. En providencia de 23 de julio se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 17 de septiembre.
19. El 1 de septiembre la Procuradora de los Tribunales D^a Patricia Sánchez Sobrino, en nombre y representación de D^a Pura , asistida en esta ocasión del letrado D. Juan Carlos Isasi Martínez, solicitó se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto al alcance de una eventual nulidad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés.
20. En providencia de 3 de septiembre se acordó oír por término común de cinco días a la parte recurrente, Caja Laboral Popular S.C.C. y el Ministerio Fiscal respecto de tal solicitud.
21. El 4 de septiembre la fiscalía informa que " *de acuerdo con el artículo 4 bis de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) , no siendo parte el Ministerio Fiscal en el procedimiento principal, no le corresponde al mismo pronunciarse sobre la cuestión planteada* " .
22. El 14 de septiembre la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Rosa Frade Fuentes, en nombre y representación de Caja Laboral Popular S.C.C. se opone al planteamiento de la cuestión por: i) considerarla extemporánea, ii) no haberse planteado debate alguno sobre el alcance de la normativa europea por lo que la solicitud es impertinente, y iii) no disponer el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE ningún régimen respecto de la eficacia de una eventual declaración de nulidad, al remitirse al derecho nacional de cada Estado miembro.
23. Llegado el día 17 de septiembre de 2015, tras deliberar la sala, examinar la prueba y los argumentos jurídicos del recurso y la petición de cuestión prejudicial planteada por la clienta de la entidad bancaria, se entiende que efectivamente concurren dudas que exigen el planteamiento de cuestión prejudicial en los términos que se expresarán, que se contraen en esencia al alcance que la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confrontada a lo que dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, rec. 138/2014 .
24. En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial reclamada

25. La representación de D^a Pura ha solicitado a este tribunal de apelación que plantee cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las consecuencias de la nulidad declarada en la instancia, que Caja Laboral Popular S.C.C. cuestiona en su recurso de apelación.
26. Opone Caja Laboral Popular S.C.C. que la cuestión no es admisible, en primer lugar por extemporánea, al considerar que debió suscitarse, y no se hizo, en el trámite de audiencia previa del juicio ordinario, puesto que el art. 414.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), dispone que es en ese momento cuando se fijan con precisión el objeto y extremos, de hecho y derecho, sobre los que exista controversia.
27. Añade Caja Laboral Popular S.C.C. que no puede admitirse la cuestión porque no se planteó el alcance de una determinada normativa europea en la resolución del litigio principal.
28. Las recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2012/C 338/01), publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), explican en su § 10 que: " *La decisión de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado* " .
29. Aunque en este caso la parte demandante en primera instancia, que ahora contesta al recurso de apelación, ha planteado solicitud en segunda instancia, de no hacerlo no habría impedido a este tribunal presentar cuestión prejudicial por las razones dichas, y por la doctrina favorable a su proposición (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-160/14, caso João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros).



30. También objeta Caja Laboral Popular S.C.C. que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29) no establece ningún régimen respecto de la eficacia de una eventual declaración de nulidad, pues se remite al derecho nacional de cada estado miembro.

31. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) de 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse , dispone en su apartado 59 que " [...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ". En el mismo sentido la STJUE 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto , y 21 enero 2015 , C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja.

32. En consecuencia, el derecho nacional de cada estado miembro no puede prever, pues no cabría una interpretación contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo , un régimen legal que no excluya plenamente la aplicación de una cláusula que se considerara abusiva.

33. Esta cuestión es decisiva para la resolución del recurso que se examina, por lo que no cabe rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

34. La petición de cuestión prejudicial versa, sobre la interpretación del artículo 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 (DO L 95, p. 29).

35. El noveno considerando de la Directiva 93/13 prevé: "[...] los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, [...]".

36. El artículo 1, apartado 1, de la misma Directiva tiene la siguiente redacción: " El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores ".

37. El artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva establece: " Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato ".

38. El artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva precisa: "[...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa ".

39. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone: " 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 "

40. En virtud del artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva : "Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores "

Derecho español

41. En Derecho español, la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686).

42. La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

43. Estas disposiciones fueron retomadas por el 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 (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181).



44. Con arreglo al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios : " 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. [...] ".
45. Con carácter general el Código Civil español establece en su artículo 1303 para cualquier clase de contratos: " *Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes* ".
46. Los artículos siguientes se refieren a la incapacidad de uno de los contratantes (artículo 1304), ser ilícita la causa u objeto del contrato (artículo 1305), y si la causa no es ilícita, el art. 1306 del Código Civil dispone: " *Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido* ".

Cuestiones prejudiciales precedentes

47. La cuestión esencial que se va a plantear coincide con algunas otras cuestiones prejudiciales ya admitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el **C-154/15** , admitida al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (DOUE 13 julio 2015), los C- 307/15 y C-308/15, admitidas a la Audiencia Provincial de Alicante (DOUE 24 agosto 2015), el **C-349/15** , admitida a la Audiencia Provincial de Castellón (DOUE 14 septiembre 2015), y el **C-381/15** , admitida a la Audiencia Provincial de Zamora el 17 de julio de 2015 (DOUE 14 septiembre 2015).
48. Además consta a este tribunal que la Audiencia de Santander planteó en Auto de 17 de julio de 2015, rec. 459/2013 , una cuestión prejudicial semejante que aún no se ha admitido.

Cuestión prejudicial

49. En el procedimiento se discute la incorporación de una cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés de un préstamo con garantía hipotecaria, vulgarmente conocida como "cláusula suelo", en un contrato suscrito por una empleada de limpieza con educación elemental, que merece la consideración de consumidora, que afirma que no fue informada de su existencia, naturaleza y funcionamiento, y que no percibió en la notaría que aquella cláusula existiera, ni su importancia.
50. La sentencia recurrida sostiene que tal incorporación se produjo faltando la entidad financiera prestamista a los deberes precontractuales de información que le incumben, lo que supone que por haberse predisposto por el profesional, y no ser objeto de negociación, deber declararse abusiva, y por consiguiente, nula.
51. Aunque Caja Laboral Popular S.C.C. discute en su recurso el fundamento mismo de tal afirmación, añade que la sentencia recurrida le obliga, a su juicio indebidamente, a restituir la totalidad de las cantidades que percibió en aplicación de dicha cláusula.
52. Caja Laboral Popular S.C.C. afirma que este tribunal debiera actuar como dispuso la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España nº 241/2013, de 9 de mayo, rec. 485/2012 , que declaró la nulidad de una cláusula como la aquí discutida, pero consideró que no había de devolverse ninguna cantidad por ello.
53. Este tribunal siempre ha entendido en sus resoluciones que, en estos casos, no puede trasladarse lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2013, rec. 485/2012 cuando reclama un consumidor en ejercicio de acción individual, pues aquella sentencia resolvía sobre una acción colectiva.
54. Desde la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 7 de julio de 2013, rec. 283/13 , luego reiterada en multitud de sentencias, afirmábamos que " *Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el art. 16 LCGC, es decir asociaciones y ministerio fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (art. 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto "en lo sucesivo" (art. 12.2 LCGC), mientras que con el art. 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato. Finalmente es diferente la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro ("en lo sucesivo" dice el art. 12.2 LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo* ".
55. Consecuencia de tal distinción era la aplicación del artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , que dispone: " *En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso*



las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ".

56. Las previsiones de dicha ley, tras ser refundida por el Real Decreto Ley 1/2007, disponen en su artículo 83.1 que " 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. [...] ". La cláusula tercera discutida en este litigio es considerada por este tribunal como abusiva pues no hay prueba de que el profesional informara a la cliente de su existencia, de que hubiera negociación, ni de su conocimiento, pues la lectura en la notaría de un extenso número de folios no garantiza su conocimiento ni percibir su decisiva relevancia.

57. A su vez el art. 9.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación dispone " La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ".

58. Este tribunal consideraba que la nulidad del límite que impide descender el tipo de interés variable por debajo del 2,75 % no acarrea la nulidad del contrato, pues apartado por nulo el límite se aplicaría el interés pactado, Euribor + 0,55 %. En casos semejantes hemos ordenado devolver al consumidor la totalidad de lo percibido por el profesional al aplicar el tope mínimo, que en este caso supondría la diferencia entre el Euribor + 0,55 % y un 2,75 %.

59. El fundamento de dicha consideración es la previsión del art. 1303 del Código Civil , que deriva de la nulidad de una obligación el que los contratantes hayan de restituirse recíprocamente las prestaciones a que hubiere dado lugar.

60. Caja Laboral Popular considera que no es procedente la devolución de los importes cobrados con la aplicación del límite del 2,75 % de interés, como ordena la sentencia, o, en su defecto, que tal devolución procede sólo desde la fecha en que se publicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 .

61. Esa tesis se apoya también en las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, rec. 138/2014 y 29 de abril de 2015, rec. 1072/2013 , que analizan una acción individual como la ejercitada en este caso, ordenando la devolución no desde la aplicación de la cláusula declarada nula, sino desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 .

62. El solicitante de la cuestión plantea, y a este tribunal le surgen semejantes dudas, si la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13 es compatible con esa limitación de la ineficacia de la cláusula nula a una fecha concreta, en lugar de predicarla desde que la cláusula abusiva declarada nula comenzó a operar.

63. Las Sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 , C-618/10, caso Banesto , 30 de mayo 2013 , C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse , y 21 enero 2015 , C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja, sostienen en definitiva lo que dispone el apartado 28 de esta última, es decir, " [...] en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y a un profesional de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Bruse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57) ".

64. En este sentido hay que recordar que el apartado 38 de la STJUE 21 enero 2015 , C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja, indica que " cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 64) ".

65. En particular, dice la jurisprudencia del TJUE que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencia Asbeek Bruse y de Man Garabito, EU:C:2013:341, apartado 59).



66. También añade la jurisprudencia del TJUE que el art. 7.1 de la Directiva 93/13 en relación con su vigésimo cuarto considerando, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

67. Finalmente la STJUE 30 de mayo de 2013, C-488/11, asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito, sostiene en su apartado 58 que " *si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (sentencia 14 junio 2012, C- 618/10, Banco Español de Crédito, apartados 66 a 69)* ".

68. A la vista de todo lo expuesto este tribunal, reduciendo la petición de D^a Pura a su esencia, plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el art. 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto dispone el principio de no vinculación, puede considerarse compatible con la limitación de las consecuencias de la ineficacia de una cláusula por ser abusiva, restringiendo los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas por aplicarla a partir de una fecha, en lugar desde el momento en que la cláusula abusiva y nula operó.

Del procedimiento acelerado

69. Dispone el artículo 105.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede " *decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo* ".

70. En opinión de este tribunal la cuestión planteada aconseja su tramitación mediante el procedimiento acelerado en atención al elevado número de consumidores afectados -en wikipedia se citan fuentes que cifran en 3.300.000 el número de préstamos en España con esta cláusula [https://es.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1usula_suelo]-, que han generado una oleada de litigiosidad en los tribunales españoles por ser innumerables los casos en que se utilizó esta forma para financiar la adquisición de una vivienda destinada a hogar familiar.

71. Esta opción del procedimiento acelerado contribuiría a resolver de forma ágil tanto las dudas que se han explicado como los numerosos procedimientos semejantes en trámite.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación

PARTE DISPOSITIVA

1.- ACORDAMOS plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que por medio del procedimiento acelerado, o subsidiariamente, por el común, se resuelva la siguiente cuestión:

¿Es compatible con el principio de no vinculación que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la limitación de las consecuencias de la ineficacia de una cláusula por ser abusiva, restringiendo los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas por aplicarla a partir de una fecha, en lugar de hacerlo desde el momento en que la cláusula abusiva y nula operó?

2.- SUSPENDAMOS el término para dictar sentencia y el procedimiento hasta que por el Tribunal de Justicia se dé respuesta a las cuestiones planteadas.

3.- SOLICITAMOS del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la tramitación por el procedimiento acelerado.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo a fin de que, admitiendo a trámite las cuestiones prejudiciales planteadas, de respuesta a las mismas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: No cabe recurso. Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.