

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCION PRIMERA  
GIRONA**

**APELACION CIVIL.**

**Rollo nº: 420/2015**

Autos: procedimiento ordinario nº: 216/2014

Juzgado Mercantil 1 Girona

**SENTENCIA Nº 16/17**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

Don Fernando Lacaba Sánchez

**MAGISTRADOS**

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Don Carles Cruz Moratones

En Girona, diecinueve de enero de dos mil diecisiete

**VISTO**, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 420/2015, en el que ha sido parte apelante D<sup>a</sup>. [redacted] representada esta por la Procuradora [redacted] y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. [redacted] como parte apelada la entidad S.A., representada por el Procurador [redacted] y dirigida por el Letrado [redacted]

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mercantil 1 Girona, en los autos nº 216/2014, seguidos a instancias de D<sup>a</sup>. [redacted] contra la entidad [redacted]

se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** Que Desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, instancia de representados DEBO absolver a de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. Se imponen las costas a la parte actora".

**SEGUNDO.-** La relacionada sentencia de fecha 24/4/15, se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los de la recurrida en todo aquello que no contradiga lo que se dice a continuación.

**PRIMERO.-** Antecedentes a considerar.-

instó demanda en ejercicio de acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación, contemplada en escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 27/04/2005, siendo parte demandada la entidad

La sentencia impugnada por la meritada demandante desestima en su totalidad la demanda interpuesta, por lo que, la mencionada parte actora interpone recurso de apelación, al que se ha opuesto la entidad bancaria.

**SEGUNDO.-** Estimación del recurso y nulidad, por abusiva, de la denominada "cláusula suelo". Falta de transparencia.-

El préstamo hipotecario analizado contiene un pacto/cláusula, en el que se

fija en un 2,75% el interés mínimo a percibir por la entidad bancaria como resultado de las posibles revisiones anuales.

La Sentencia impugnada, si bien considera *“que no puede asegurar que la demandante comprendiera las consecuencias de inclusión de la cláusula Suelo, no lo es menos que la aportación, por la entidad bancaria, de los documentos de oferta vinculante, propuesta de riesgo y la propia escritura revisada por el Notario”*, llevan a la conclusión de ausencia de nulidad.

No comparte la Sala dicho criterio.

En el presente supuesto la cláusula tercera bis del contrato analizado (aportado como documento nº1 de la demanda (folio 20 y ss), contiene un límite a la variación del tipo de interés del 2,75% (folio 22 vuelto). Dicho pacto se incluye, dentro del apartado genérico Tercero dedicado a “Intereses ordinarios”, subcláusula Tercera bis denominada “Tipo de interés variable”, donde se alude a la “definición del tipo de interés aplicable”, “modificación del tipo de interés nominal”, “identificación y ajuste nominal”, Tipo de interés publicado en el BOE, “tipo sustituto al de referencia publicado” y “límites a la variación del tipo de interés”.

Analizando el control de inclusión, el mismo, a contrario sensu de lo que dice la Sentencia impugnada, no se ha superado.

En efecto, de la oferta vinculante aportada de documento nº 4 /folio 140) no aparece la firma de la prestataria, como tampoco se ha practicado prueba en orden a que la misma recibiera información acerca de la inclusión y alcance de la cláusula suelo, anteriormente descrita, como tampoco su transcendencia económica en los momentos de fluctuación de los tipos ordinarios de interés barajados en la escritura de hipoteca.

No consta tampoco que en la Notaria se hiciera saber tales extremos a la prestataria, por más que la cláusula figure en el contrato, incluida, como ya se dijo, de una forma ciertamente farragosa y poco entendible en orden a su alcance económico y tipo a aplicar. La frase “declara conocer y aceptar íntegramente” no va más allá de una figura retórica habitualmente predispuesta en la propia escritura, como demuestran las máximas de experiencia de otros muchos supuestos analizados por esta Sala.

El documento nº 3 (folio 139) recoge una fotocopia harto ilegible por borrosa,

sin firma alguna, que no puede tener el alcance que le da la Sentencia de condiciones financieras ofrecidas. En todo caso, los dos documentos citados 3 y 4, no contienen una cláusula suelo, por lo que, todo lo dicho en la Sentencia acerca del conocimiento de su existencia y alcance, decae en esta alzada.

No mejor suerte tiene el control de transparencia.

La parte demandada renunció al interrogatorio del director de la oficina bancaria por lo que ninguna prueba existe, en orden a las pretendidas explicaciones y/o aclaraciones, esto es, el profundo conocimiento que de su existencia tuvo la demandada.

De la prueba rendida se infiere la inexistencia de suficiente información, tampoco de simulaciones de diversos escenarios, como tampoco en orden a información previa con el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad bancaria y el hecho de que la prestataria fuese enfermera, no le suponía conocimientos suficientes en contratación bancaria, máxime cuando ni siquiera se acredita la contratación de otros productos bancarios con fluctuación de intereses ordinarios.

La demandada tampoco ha aportado el folleto publicitario utilizado en 2005 para ofertar la concesión de préstamos hipotecarios, pese a haber sido expresamente requerida para ello.

Debe recordarse que, estos pactos están sujetos a los deberes de información que exige el RDL 2/2003 y actual LEY 36/2003 DE 11 DE MARZO de "Medidas de Reforma Económica", cuyo artículo 19 expresamente exige su constancia en la oferta vinculante previa.

En el caso analizado concurre la desigualdad existente entre una relación contractual entre el particular y la entidad de crédito, relación en la que la voluntad contractual brilla por su ausencia.

Por todos los razonamientos anteriores, partiendo de la consolidada doctrina del TRIBUNAL SUPREMO, aplicando las específicas reglas de la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU y la prueba practicada, es obligado declarar que nos hallamos ante una verdadera condición general de la contratación, no negociada individualmente, impuesta por la a la

demandante.

### **TERCERO.- Sobre los efectos generales de la declaración de nulidad.**

Declarada la nulidad de un contrato o de una cláusula del mismo resulta necesario determinar las consecuencias jurídicas y económicas de tal declaración, esto es, si por consecuencia de la nulidad, en el caso concreto de una cláusula suelo, debe la entidad acreedora recalcular todas las cuotas y devolver las cantidades indebidamente percibidas.

El artículo 1303 del Código civil establece como regla general, que *“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”*, por lo que por el Tribunal Supremo y la Audiencias Provinciales se venía aplicando el mismo sin limitación retroactiva alguna. En aplicación de dicho precepto, en principio declarada la nulidad de una cláusula contractual, en concreto, la cláusula suelo, la entidad acreedora debería reintegrar o devolver aquellas diferencias que se deriven de aplicar el interés remuneratorio variable pactado, sin la cláusula suelo.

Con base a tal precepto el propio Tribunal Supremo, así lo había acordado, aunque no respecto de la cláusula suelo, por ejemplo, en la sentencia de 22 de abril del 2005, con cita de las de 30 de diciembre del 1996 y 26 de julio del 2000, que declara lo siguiente: *“..La declaración de nulidad acordada se refiere a una cláusula contractual, la cual se tendrá por no puesta, de conformidad con el art. 10.4 LGC y U. La consecuencia económica procedente, que constituye el efecto jurídico de la declaración, es la de que se reintegren los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma. Así se deduce del art. 1.303 CC, cuya finalidad es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (SS. 30 diciembre 1.996 y 26 julio 2.000); así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial (S. 26 julio 2.000), pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que se trata de una nulidad parcial, que no trasciende a la totalidad del negocio.*

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo del 2012 declaró que podría acordarse de manera excepcional la irretroactividad de la declaración de nulidad, cuando con ello se evita un enriquecimiento injusto, pero respecto de cláusula suelo, difícilmente ello puede sostenerse, pues el prestatario no se enriquece injustamente al percibir unas cantidades que no debió pagar, al contrario, en el caso de declarar la irretroactividad, quien se enriquecería injustamente sería la entidad acreedora al haber percibido unas cantidades indebidas y que no tendría que devolver.

También alguna vez se había acudido a la buena fe o falta de equidad para aceptar la falta de retroactividad de la declaración de nulidad, pero es claro que ello tampoco concurriría cuando es una entidad bancaria que contrata con un consumidor e impone sus condiciones y sus cláusulas, y además está obligado a incluir dichas cláusulas con la debida transparencia, por lo que si declarada que no ha actuado conforme a las estipulaciones legales, difícilmente puede sostenerse la falta de mala fe, y menos aún, que no sea equitativo que devuelva las cantidades percibidas indebidamente.

El TJUE declaró en la sentencia de 21 de marzo del 2013 que con carácter excepcional se puede acudir al principio de seguridad jurídica para no cuestionar situaciones establecidas de buena fe. Pero tampoco se alcanza a comprender que inseguridad jurídica puede conllevar la devolución de cantidades dinerarias indebidamente percibidas por una entidad bancaria.

Por otro lado, si acudimos a la normativa específica de protección de consumidores y usuarios, la consecuencia es la misma. Establece la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, en su artículo 6.1 que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en el contrato celebrado entre este 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". En interpretación de dicha norma el TJUE ha sido claro en cuanto a la falta de eficacia absoluta de las condiciones y cláusulas declaradas abusivas, sin que se pueda moderar o reintegrar la misma (Así, sentencias de 26 de abril del 2012 y 30 de mayo del 2013). Y en el informe de la Comisión Europea de 27 de abril del 2000 sobre la aplicación de dicha directiva declaró que "la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus

efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc).

Tras el dictado de dichas sentencias y de la de 14 de junio del 2012, el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, según la redacción dada por la Ley 3/2014, establece que “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusula”, prohibiéndose con ello la facultad moderadora de la Tribunales al no ajustarse al artículo 6.1 de dicha Directiva.

En consecuencia, tanto si acudimos a la norma general sobre los efectos de la nulidad, como si aplicamos la normativa específica de protección de consumidores y usuarios, la consecuencia no puede ser otra que declarada la nulidad de una cláusula abusiva, no sólo no tendrá ningún efecto en el futuro, sino que tampoco lo puede tener en el pasado. Y solamente en casos excepcionales podría declararse su irretroactividad, que desde luego no concurren en el presente litigio.

#### **CUARTO- Sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo tras la sentencia del TS de 9 de mayo del 2013.**

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo del 2013 se pronunció en contra de la retroactividad de la declaración de nulidad. En el procedimiento resuelto por la misma se solicitaba un pronunciamiento de carácter general sobre unas condiciones contractuales que determinadas entidades bancarias imponían a sus clientes, sin que se peticionara el alcance de la declaración de nulidad, pero el Tribunal Supremo lo resolvió por petición del Ministerio Fiscal, fijando como límite de los efectos de la declaración de nulidad la fecha de la sentencia.

Al haberse dictado la referida sentencia en un procedimiento iniciado por una asociación ejerciendo las acciones colectivas de cesación de utilización de cláusulas abusivas, entre ellas, cláusulas suelos, muchas Audiencias Provinciales, entre ellas la Audiencia Provincial de Girona, entendieron que a pesar de dicha sentencia, no impedía que en cada caso concreto, declarada la nulidad de la cláusula se acordase la retroactividad plena, sin aplicación de la limitación prevista en dicha sentencia.

El Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo del 2015, reitera la irretroactividad plena de la declaración de nulidad, fijándola en la fecha de 9 de mayo del 2013 y la dicta en un procedimiento en el que se había ejercitado una acción individual de nulidad de la cláusula suelo.

Varios Juzgados y Tribunales, no estando conformes con tal jurisprudencia y dado que tienen la obligación de aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al Artículo 4 bis de la L.O.P.J. que establece que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decidieron plantear una cuestión prejudicial a fin de que este Tribunal se pronunciara si se podían limitar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula declarada abusiva y si ello era contrario a la Directiva 93/13/CE. Esta Audiencia Provincial, a la vista de dicha situación decidió suspender la tramitación de los rollos de apelación a la espera de que se dictara tal sentencia.

#### **QUINTO.- Sobre la solución de la cuestión tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre del 2016**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada el día 21 de diciembre del 2016 ha resultado, podemos afirmar, de forma definitiva la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En dicha sentencia y de forma clara y concluyente resuelve que *“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*.

Y en su fundamentación jurídica razonaba que:

*72 Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en*



*la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

*“73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).*

Y concluye en la prohibición de los Jueces nacionales de aplicar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo, dado que están obligados a cumplir el Derecho de la Unión con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal, en los siguientes términos:

*“74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C 441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C 614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C 554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).*

Por lo tanto, en aplicación, tanto del Derecho nacional como del Derecho de

la Unión europea, que hemos citado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, interpretado por el TJUE, en los términos examinados, no puede más que rechazarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida.

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

Por todo lo dicho, procede estimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 con relación al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede imposición de costas de esta alzada

Las costas de primera instancia deben correr a cargo de la entidad bancaria, pues la pretensión solicitada acaba siendo admitida, concurriendo, con ello, el principio del vencimiento, por lo que se estima el recurso de apelación de los demandantes.

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

#### **FALLAMOS:**

**1.- ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de

**2.- REVOCAMOS** la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Girona, de fecha 24/04/15, dictada en proceso 216/14.

3.- Declaramos la abusividad y consiguiente nulidad, de la condición general de la contratación, plasmada en el hecho segundo de la demanda, contenida en el préstamo hipotecario de 27 Abril 2005, que limita el tipo de interés estableciendo un tipo mínimo del 2.75% (clausula financiera tercera).

4.- Se condena a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de contratación del meritado contrato de préstamo y se le condena a devolver las cantidades satisfechas desde el mismo momento de su inicial aplicación, con más el interés legal devengado.

5.- Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada, sin mención sobre las originadas por el recurso.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Lacaba Sánchez, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.