



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

AUTO: 00041/2014

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986860534

N.I.G. 36038 42 1 2011 0002724

ROLLO: EJECUCION HIPOTECARIA 0000221 /2011

RECURSO DE APELACION (LECN) 0000622 /2013

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: EJECUCION HIPOTECARIA 0000221 /2011

Apelante: NCG BANCO SA

Procurador: JOSE MANUEL GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: JOSE MANUEL JIMENEZ LOPEZ

Apelado:

Procurador: ANA ISABEL SANTA CECILIA ESCUDERO, ANA ISABEL SANTA CECILIA ESCUDERO

Abogado: JOSE SANTIAGO CONS MELLA, JOSE SANTIAGO CONS MELLA

Ilmos. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

AUTO NÚM.41



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En PONTEVEDRA, a trece de febrero de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pontevedra, con fecha 7 octubre 2013, se dictó Auto cuya parte dispositiva expresa:

"Se acuerda declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas Sexta y Tercera bis y tercera en su apartado d) del contrato de préstamo hipotecario firmado por las partes 20 de febrero de 2009, declarando la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en cuestión y teniendo por no puestas las cláusulas en cuestión.

Se requiere a la entidad ejecutando para que un plazo de 10 días presente nueva liquidación de la deuda por la que continuar la presente ejecución, sin incluir las mismas. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas del incidente."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por NCG BANCO SA, se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso, designándose ponente al Ilmo. Magistrado **D. Jacinto José Pérez Benítez**, quien expresa el parecer de la Sala.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han seguido las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del recurso de apelación presentado por la representación de NCG BANCO, S.A. se pretende la revocación del Auto de 7 de octubre de 2013 dictado en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº 221/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra. La resolución del recurso exige dejar constancia de los siguientes antecedentes procesales:

1.- El proceso se inició con la demanda ejecutiva formulada por la entidad financiera sobre la base de la escritura pública de 20.2.2009. Con la demanda se acompañaba también, como es preceptivo, el documento fehaciente acreditativo de haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. La cuenta fue cerrada el día 26.4.2011 arrojando un saldo final de 95.268,51 euros. La liquidación se realizó sobre la base de las condiciones fijadas en el préstamo con garantía hipotecaria que más adelante se especificarán. Bastará señalar aquí que el préstamo se concedió por un principal de 94.000 euros, por un plazo de 20 años, con amortizaciones mensuales de 659,96 euros desde la entrada en vigor del préstamo (1.3.2009) hasta el día 1.3.2010, con un tipo fijo de interés remuneratorio del 5.75%. Desde dicha fecha hasta la total amortización del préstamo el tipo de interés sería el del EURIBOR incrementado en 1 punto.

El préstamo se garantizó con la hipoteca inmobiliaria sobre el piso primero izquierda de la calle de Pontevedra, especificándose que se encontraba destinado a vivienda.

2.- El banco dio por vencido el préstamo ante el impago de las cuotas. La cantidad reclamada en la demanda resultaba de la adición de los siguientes conceptos:

- a) 90.692,15 euros por capital;
- b) 4.038,85 euros por intereses ordinarios o remuneratorios devengados;



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

c) 497,51 euros por intereses moratorios, al tipo pactado en la escritura del 18%;

d) 40 euros por comisiones.

3.- Despachada ejecución por auto de 12.7.2011, los deudores se opusieron en escrito presentado el día 1.9.2011 alegando, como único motivo de oposición, la existencia de un error en la cantidad exigible sobre la base del carácter abusivo del interés moratorio.

4.- Por auto de 20.2.2012 la juez de la ejecución consideró que el interés moratorio no resultaba abusivo, desestimando la oposición y acordando la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

5.- Por diligencia de ordenación de 12.2.2013 el juzgado acordó sacar a subasta el bien hipotecado, señalando para su celebración el día 8.4.2013. Sin embargo, el día 22.2.2013 la representación de los ejecutados presentó escrito solicitando la suspensión del trámite “en tanto no se lleve a cabo la modificación de la ley procesal que permita el planteamiento de motivos de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas... o en su caso proceda al planteamiento de cuestión prejudicial en los mismos términos que la presentada por el juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona...”;.

6.- Por providencia de 27.5.2013 el juzgado hizo referencia a la exigencia de paralizar el trámite en aplicación de lo dispuesto en la transitoria 4ª de la Ley 1/2013, en tanto se presentara, en su caso, incidente de oposición a la ejecución.

7.- Con fecha de 17.6.2013 la representación ejecutada presentó demanda de incidente excepcional para la suspensión de la ejecución hipotecaria por la existencia de cláusula abusiva. En él se impugnaban por abusivas las siguientes cláusulas: a) cláusula 6ª relativa a los intereses de demora del 18%; b) cláusula suelo establecida en la cláusula 3ª bis e) de la escritura de préstamo; c) cláusula 3ª d) del contrato de préstamo, que establecía para la primera anualidad un tipo de interés nominal anual del 5,75%. Se concluía por la parte ejecutada solicitando el sobreseimiento del proceso por abusividad de las cláusulas mencionadas.

Opuesta la representación ejecutada, el juzgado dictó auto el 7.10.2013, objeto del recurso de apelación.

8.- El auto recurrido declara nula la cláusula que determinó en el 18% el interés de demora, debiendo aplicarse “los intereses legalmente previstos desde el impago”; en su fundamento jurídico segundo, el auto, con transcripción parcial de la STS de 9.5.2013, estima la pretensión de nulidad de la denominada cláusula suelo por no superar el control de transparencia, al no haber acreditado la entidad financiera el haber informado suficientemente al consumidor de su existencia y de sus efectos, lo que redundaba en un desequilibrio de las partes del contrato contrario a las exigencias de la buena fe. El pronunciamiento resulta confuso en la medida en que, según se desprende de su literalidad, la nulidad alcanza tanto a la cláusula suelo numerada como 3ª bis del contrato, (en concreto en su apartado e) y a la cláusula tercera d) relativa al interés remuneratorio del 5,75%.

Finalmente, en su fundamento jurídico quinto la resolución recurrida afirma el carácter retroactivo de la nulidad declarada, con cita del art. 1303 sustantivo. El pronunciamiento final de la resolución, declarada la nulidad de las dos cláusulas enjuiciadas, es del siguiente tenor: “se requiere a la entidad ejecutante para que en un plazo de 10 días presente nueva liquidación de la deuda por la que continuar la presente ejecución sin incluir las mismas...”



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

SEGUNDO.- El recurso de apelación principia con una alegación general sobre el carácter no abusivo de las cláusulas anuladas por el hecho de haber sido incorporadas a un contrato intervenido por la fe pública notarial con acceso al Registro de la Propiedad. Seguidamente, con respecto a la cláusula relativa a los intereses de demora, la recurrente reitera su argumentación sobre la diversa naturaleza de los intereses de demora y remuneratorios y con cita parcial de diversas resoluciones judiciales sostiene la posibilidad de fijar un interés como el incorporado al contrato; pese a ello, y haciendo aplicación del art. 114 LH reformado, la parte ejecutante manifiesta renunciar al exceso y limitar su reclamación al 12%. Seguidamente la recurrente rechaza la nulidad de la cláusula suelo y la posibilidad de la aplicación retroactiva de la nulidad y por último defiende la validez de la cláusula 3ª, d) y 3ª bis con el argumento de haberse atendido los requisitos de especial transparencia en contratos con consumidores. Finalmente el recurso concluye con un confuso alegato el que se niega la condición de consumidor de la parte ejecutada.

La parte ejecutante solicita la íntegra desestimación del recurso y la confirmación de la recurrida.

TERCERO.- Cláusula de interés moratorio.

La cuestión sobre la nulidad de las cláusulas de intereses moratorios en contratos de préstamo celebrados con consumidores ha sido objeto de recientes pronunciamientos de este Tribunal en interpretación de los cambios legislativos y jurisprudenciales habidos sobre la materia.

Así, en nuestro auto de 27.6.2013 (recurso 228/13) afirmamos que “en el momento presente, tras la entrada en vigor de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, la apreciación de abusividad de la cláusula de interés de demora se simplifica al incorporarse un tercer párrafo al art. 114 de la LH, del siguiente tenor “Los intereses de demora de préstamos o créditos para adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, y establecerse en el párrafo 2º de la Disposición Transitoria Segunda de la precitada Ley 1/2013, que “dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos”. En idéntico sentido se pronunció nuestro auto de 22.11.2013 y el de 18.7.2013.

En consecuencia, haciendo aplicación de la norma, el interés del 18% previsto en la escritura resulta nulo por contravención de norma imperativa y debe ser objeto de aplicación al presente caso en aplicación de la transitoria segunda. La peculiaridad del supuesto radica en la existencia de un anterior pronunciamiento dictado en el mismo proceso en el que, ante la oposición formulada por el deudor, se declaró la validez de la cláusula, pero nos parece que tal circunstancia no altera las cosas de una manera esencial ante el juego de la norma de Derecho transitorio. En ésta se prevé la aplicación retroactiva del precepto también para las cláusulas de intereses moratorios contenidas en escrituras de préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 devengados con anterioridad.

Sucede, sin embargo, que el juzgado no ha seguido el trámite previsto en la transitoria tercera, consistente en que en los procedimientos de ejecución iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el Secretario judicial deberá dar al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule la cantidad por la que se ha despachado ejecución conforme a las exigencias del art. 3 apartado 2. Ofrecida por el recurrente en su recurso de apelación la reducción al límite legal del interés a efectos de reformular la cantidad por la que solicita el despacho de ejecución, no se ven obstáculos para que la Sala estime en esta alzada evacuado el trámite, reduciéndose en consecuencia la cantidad objeto de despacho en la cantidad que resulte oportuna.

CUARTO.- De la cláusula suelo.

Como hemos recordado en ocasiones anteriores al resolver la misma cuestión, de la doctrina fijada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, concluimos que una cláusula como la que constituye el objeto de la discusión, en sí misma considerada no es una cláusula nula, en la medida en que no infringe ninguna norma imperativa o prohibitiva. Otra cosa sucederá en aquellos supuestos en los que, a partir de las concretas circunstancias en que la cláusula haya sido introducida en el contrato no supere el control de incorporación, o que su contenido, también en atención al conjunto de circunstancias concurrentes, pueda vulnerar una norma imperativa. Al afectar la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, aunque pudiera quedar sometida al control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores. Este estándar del control de transparencia exige analizar todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias, si éstas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberán valorarse todas las circunstancias que concurrieron en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (párrafo 237 de la repetida sentencia).

La repetida STS apreció, según es conocido, los siguientes, según expresa su párrafo 225:

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

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

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

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”

Es evidente que esta información complementaria, exigible a la entidad prestamista para que la cláusula suelo pueda superar el estándar mínimo del control de transparencia, no se proporciona ni se satisface adecuadamente por el solo hecho de la intervención del fedatario público en el

otorgamiento del contrato, pues tal se trata de una exigencia constitutiva del préstamo con garantía hipotecaria, como es bien conocido, al igual que sucede con el acceso al registro de la propiedad. Por tanto, los argumentos ofrecidos por el recurrente no pueden ser atendidos. No existe prueba alguna de que a los consumidores prestatarios que hipotecaban en garantía del préstamo su vivienda habitual se les hubiera informado del contenido y efectos de la cláusula en cuestión y mucho menos que se les hubiera ofrecido información sobre posibles escenarios de variación del índice de referencia en más o en menos. La cuestión, además, fue tratada por el TS en su auto de aclaración a la sentencia de Pleno en los siguientes términos: *"8. También, sostiene la petición de aclaración en que la sentencia no concreta los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, de tal forma que, entre las medidas, se hallarían: la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato; y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquél."* Como observamos en nuestro auto de 18 de julio pasado, no aporta la entidad bancaria ningún prueba relativa a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo ni las repercusiones económica y jurídicas que ello comportaba pues en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto. También afirmamos que aunque los términos literales de la cláusula la hiciera comprensible, ésta se vuelve oscura al estar *"enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato"* impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la *"carga económica"* que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así como la *"carga jurídica"* del mismo, es decir, *"la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo"*. (FJ 210). De tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217).

QUINTO.- Declarada la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia y por suponer un desequilibrio injustificado para el consumidor, la consecuencia jurídica que procede, según expresamos en nuestro auto de 18 de julio pasado, es la de declarar la nulidad de la misma, no así la del resto del contrato que sigue en vigor, pues si bien es cierto que se refiere al objeto principal del contrato, no es un *"elemento esencial del mismo"* y con ello no forma parte de su objeto y causa. Además, tampoco discuten las partes que la consecuencia jurídica es la de nulidad parcial de la cláusula y no la nulidad total del contrato.

En la misma resolución a que venimos haciendo mención tratamos el problema de la retroactividad con referencia a la solución seguida por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, y resuelve que dicha retroactividad, -la prevista con carácter general para las nulidades contractuales en el art. 1303 del Código Civil-, no hay que aplicarla de forma automática sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias como puede ser el principio de seguridad jurídica y si está en juego el interés económico general. Más en



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

concreto, las razones que esgrime el Tribunal Supremo para no aplicar a la nulidad de las cláusulas suelo el efecto retroactivo propio de la nulidad del contrato son las siguientes:

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas".

No encontramos razones para sostener que los consumidores afectados por la sentencia del TS no puedan reclamar las cantidades abonadas con anterioridad en aplicación de la cláusula suelo y sí puedan hacerlo el resto de los que litiguen en procesos posteriores. Hacemos notar que no se está en la alternativa de aplicar o excepcionar la regla general. Se está proponiendo una aplicación singular de la nulidad del negocio jurídico a un supuesto excepcional, tan excepcional que resultaba claramente impensable en la época en la que el Código Civil fue redactado, al deber de operarse con parámetros de interpretación jurídica que, con origen en las últimas décadas del pasado siglo, no



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

dejan de resultar cambiantes e inseguros. La referencia global a la jurisprudencia comunitaria sobre la cuestión entendemos que libera de mayor esfuerzo argumental.

La interpretación del alcance del art. 1303 es bien conocida. La STS de 11.2.2003 reconocía que la regla admite excepciones y que está pensada fundamentalmente para el contrato de compraventa: *"... procede analizar los efectos jurídicos de tal declaración, los cuales se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1.303 CC, en el que se establece 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. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SS. 22 septiembre 1.989, 30 diciembre 1.996, 26 julio 2.000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SS. 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 30 diciembre 1.996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (SS. 18 enero 1.904, 29 octubre 1.956, 7 enero 1.964, 22 septiembre 1.989, 24 febrero 1.992, 28 septiembre y 30 diciembre 1.996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (SS. 10 junio 1.955, 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 6 octubre 1.994, 8 noviembre 1.999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (SS. 29 octubre 1.956, 22 septiembre 1.989, 28 septiembre 1.996, 26 julio 2.000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SS. 7 octubre 1.957, 7 enero 1.964, 23 octubre 1.973). El art. 1.303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SS. 9 febrero 1.949, y 18 febrero 1.994) y el precio con sus intereses (SS. 18 febrero 1.994, 12 noviembre 1.996, 23 junio 1.997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales".*

La sentencia del TS de 22.4.2005 estableció la aplicabilidad general del art. 1303 también a los supuestos en los que la nulidad derivaba de la consideración de una cláusula contractual como abusiva: "

"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."

No nos resulta posible extraer una doctrina general de dicha resolución, pues en ella se declara la nulidad de una cláusula inserta en contratos de compraventa cuyo contenido no se refleja en la sentencia. En cambio, la sentencia de 9.5.2013 es una sentencia de Pleno que, como tal, vincula a los órganos jurisdiccionales en la forma en que la jurisprudencia es fuente del Derecho (vid. acuerdo de la junta general de magistrados de la Sala Primera del TS de 30.12.2011, en interpretación del

requisito del "*interés casacional*"). En ella, además de las peculiaridades propias de las acciones ejercitadas, se declara con toda contundencia que las cláusulas suelo no son cláusulas nulas y que podrían integrar el contenido del contrato cuando se inserten con carácter general en contratos celebrados entre profesionales y consumidores si superan el estándar del control de transparencia. No se está, por tanto, ante una nulidad estructural que afecta a un elemento esencial del negocio o de la estipulación en cuestión, como sucede con la nulidad general que contempla el art. 1303, sino ante una nulidad funcional derivada de la exigencia de protección de la parte más débil de la relación jurídica. Pero además, en el caso de cláusulas como la que ocupa que definen el objeto esencial del contrato y que, en sí mismas, son cláusulas lícitas, como regla general no cabe operar sobre ellas con la técnica del control de contenido. Su control, desde el punto de vista de la protección del consumidor, se lleva a cabo a través de lo que la sentencia denomina doble filtro o control de transparencia, al considerarse que la cláusula no ha sido válidamente incluida por los motivos expuestos en el apartado 225 de la repetida sentencia. Por tanto, su ineficacia viene dada de las peculiares condiciones en que se incorporaron al contrato y de las singulares exigencias de protección de la información proporcionada a la parte más débil de la relación jurídica.

Por todo ello resulta lógico que se excepcione el régimen general de la nulidad contractual previsto, como hemos señalado, para supuestos diferentes al que ahora nos ocupa, de ahí que las razones expuestas en el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia del Pleno, en especial, la exigencia de respetar el principio de seguridad jurídica en relación con la conservación de efectos ya consumados, resulten plenamente aplicables al presente supuesto.

Por tanto, procede declarar la irretroactividad de la presente resolución, de tal forma que la nulidad de la cláusula suelo solamente operará con efectos "*ex nunc*" y no a los pagos ya efectuados por el cliente hasta la fecha. Esto es, procede la declaración de nulidad de la cláusula suelo invocada, pero no así la devolución de las cantidades que por este concepto hayan sido pagadas.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula, su expulsión del contrato, pero sin el efecto retroactivo conferido en la resolución recurrida.

SEXTO.- Dijimos más arriba que nos parece confuso el pronunciamiento del auto recurrido respecto de la impugnación autónoma de la cláusula 3ª.d) del contrato, referida a la determinación de un tipo de interés fijo nominal anual del 5,75%. El motivo aludía exclusivamente y de forma sucinta a la abusividad de un tipo de interés que superaba ampliamente el mínimo del variable de no operar la cláusula suelo, -previsto, recuérdese, al EURIBOR más un punto.

El auto, en apariencia, no da respuesta autónoma a la objeción, limitándose a exponer su argumentación sobre la nulidad de la cláusula suelo sin ninguna referencia a la nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba el interés de la primera anualidad. El hecho de que se trate de una condición general de la contratación, de toda evidencia, no significa sin más que la cláusula sea abusiva y no se motiva en lo más mínimo en qué medida no supera el control de abusividad previsto en la legislación especial. El contrato pactó un interés fijo para la primera anualidad y un interés variable para el resto y no se alcanza a atisbar en qué medida el interés fijo contrariaba norma imperativa alguna o vulnerase el equilibrio de las prestaciones. El hecho de que, finalmente, la cláusula suelo se anule al no superar el control de transparencia no significa, claro está, que no supere el control la cláusula que fijaba el interés fijo de la primera anualidad, respecto de la que no pueden trasladarse las consideraciones que han determinado la estimación de la impugnación respecto del interés mínimo determinado en la cláusula suelo. En consecuencia se estima el motivo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

SEPTIMO.- Conforme al art. 394.2 LEC, no procede condenar en costas a ninguna de las partes porque obviamente el proceso ha estado sometido a diversos vaivenes jurisprudenciales y legales que justifican sobradamente la no imposición de costas de la primera y la segunda instancia.

Vistos los preceptos indicados y demás de general y pertinente aplicación,

ACORDAMOS

Que debemos estimar el Recurso de Apelación formulado por NCG BANCO SA, contra representada por la procuradora D^a Ana Isabel Santa Cecilia Escudero, en los autos de Ejecución de Título no Judicial de naturaleza hipotecaria nº 221/11 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra, y en consecuencia:

a) Declaramos la nulidad de la cláusula suelo contenida en la cláusula 3ª bis apartado e) por abusividad debido a la falta de transparencia.

b) Condenamos a NCG BANCO, S.A. a eliminar a su costa la citada cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los actores.

c) Declaramos la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en vigor suscrito entre la actora y la demandada.

d) No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a los pagos ya efectuados por los actores, produciendo sus efectos "ex nunc".

e) Se declara la nulidad de la cláusula que fija los intereses moratorios en el 18%, que queda sin efecto, debiendo procederse a efectuar una nueva liquidación de las cantidades vencidas y no pagadas que devengarán el interés moratorio al tipo nominal anual del 12%.

f) No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. Francisco Javier Menéndez Estébanez, Presidente, D. Manuel Almenar Belenguer, D. Francisco Javier Valdés Garrido, D^a María Begoña Rodríguez González y D. Jacinto José Pérez Benítez, ponente. Doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

