



Roj: **SAP A 2771/2013 - ECLI: ES:APA:2013:2771**

Id Cendoj: **03014370082013100332**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **12/07/2013**

Nº de Recurso: **84/2013**

Nº de Resolución: **315/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA-CHAMON CERVERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA Nº 84-M23/13

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 432/11

JUZGADO DE LO MERCANTIL ALICANTE-2

SENTENCIA NÚM. 315/13

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a doce de julio de dos mil trece.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en los asuntos de lo mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 432/11, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (en lo sucesivo, BBVA), representada por la Procuradora Doña Carmen Vidal Maestre, con la dirección del Letrado Don José Massaguer Fuentes y; como apelada-impugnante, la parte actora, Don Justo y Doña Estefanía, representada por el Procurador Don Esteban López Minguela, con la dirección de la Letrada Doña María del Pilar Buendía Amat.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 432/11 del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Alicante se dictó Sentencia de fecha cuatro de octubre de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Esteban López Minguela, Procurador de los Tribunales y de D. Justo y Doña Estefanía con la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., declarando la nulidad por el carácter de abusiva, de la cláusula **suelo**, que establece una limitación del tipo de interés aplicable, eliminando tal cláusula del contrato de préstamo suscrito entre las partes, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula y sus respectivos intereses en aplicación del artículo 1303 Código Civil, que se determinarán en ejecución de sentencia. En cuanto a las costas no cabe hacer especial pronunciamiento en base al fundamento de derecho sexto."*



SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y, tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a la parte adversa, la cual presentó el escrito de oposición y de impugnación de la Sentencia. De la impugnación se dio traslado a la apelante principal, quien formuló alegaciones sobre la misma interesando su desestimación.

Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 84-M23/13, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día catorce de mayo de dos mil trece.

TERCERO.- Mediante Providencia de fecha diecisiete de mayo de 2013 se concedió a las partes el plazo común de cinco días para que formularan alegaciones sobre los efectos en este proceso de la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 en la que se declara la nulidad de una cláusula literalmente idéntica a la controvertida en le presente litigio y condena a eliminarla de los contratos en los que se insertan, sobre sí este pronunciamiento produce una terminación anormal del presente proceso por carencia sobrevenida de objeto y sobre sí quedan afectados los pagos realizados por los actores en virtud de la referida cláusula declarada nula.

Ambas partes formularon alegaciones con el resultado que obra en el Rollo.

Al manifestar la representación de BBVA en el trámite anterior que había solicitado la rectificación, aclaración y subsanación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, mediante Providencia de fecha siete de junio de 2013 se acordó la suspensión del señalamiento para la deliberación, votación y fallo del recurso hasta tanto se resolviera la referida solicitud por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Mediante escrito presentado el día diecisiete de junio de 2013, la representación de BBVA aportó copia del Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha tres de junio de 2013 en el que se resolvía sobre la solicitud de rectificación, aclaración y subsanación.

Mediante Providencia de fecha veinte de junio de 2013 se acordó dar nuevo traslado a la apelada-impugnante para que formulara alegaciones sobre la incidencia de esta última resolución en el presente recurso, evacuando el traslado en el plazo concedido.

Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día once de julio de dos mil trece, en el que tuvo lugar, formulando el Iltmo. Sr. Don Francisco José Soriano Guzmán Voto Particular sobre una parte de la resolución, el cual se une después de la presente Sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Iltmo. Sr. D. Enrique García Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que inicia el presente proceso tiene por objeto:

1.-) una pretensión de declaración de nulidad, fundada en su carácter abusivo, de la condición general de la contratación establecida en el contrato de crédito y constitución de hipoteca y afianzamiento otorgado mediante escritura pública de fecha 25 de mayo de 2007 que establece una limitación del tipo de interés aplicable (cláusula **suelo**) cuyo contenido literal es el siguiente: " *En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25 por ciento, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el período de interés. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15'00 por ciento nominal anual.*"

2.-) una pretensión de condena a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable (cláusula **suelo**) del contrato de préstamo suscrito;

3.-) una pretensión de condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula y sus intereses en aplicación del artículo 1.303 del Código civil ;

4.-) la condena al pago de las costas del proceso.

La Sentencia de instancia estimó la demanda pero no impuso a ninguna de las partes las costas causadas en la instancia.



Frente a la misma se ha alzado la parte demandada quien interesa la revocación de la Sentencia de instancia en el sentido de interesar su revocación y que, en su lugar, se dicte otra que desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora.

A su vez, la parte actora articuló, por la vía de la impugnación de la Sentencia, la revocación del pronunciamiento sobre las costas causadas en la instancia en el sentido de interesar su imposición a la parte demandada.

SEGUNDO.- Es indudable la trascendencia que en el presente litigio va a tener la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 241/13, de fecha 9 de mayo de 2013 (en lo sucesivo, la STS) y su posterior Auto de aclaración de fecha 3 de junio de 2013 .

Mediante la referida Sentencia se pronuncia con carácter firme sobre la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los consumidores y usuarios instada por AUSBANC frente a varias entidades financieras, entre ellas, el BBVA, interesando la nulidad, por abusivas, de las cláusulas de limitación de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores identificadas en la demanda que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y, también la condena a su eliminación.

En la aludida STS se declara la nulidad de las cláusulas **suelo** contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del antecedente de hecho primero y condena a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

La cláusula relativa a los tipos de interés que se transcribe en el antecedente de hecho primero, tercero-b) de la STS es idéntica a la contenida en la escritura acompañada a la demanda que inicia el presente proceso con una variación no relevante sobre determinados datos numéricos, cuya nulidad y eliminación también se interesa en el presente proceso.

De conformidad con lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Decimonoveno de la STS la declaración de nulidad se ciñe a quienes "oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos abusivos".

Así las cosas, la STS ya ha declarado mediante un pronunciamiento firme la nulidad de la cláusula litigiosa y ha condenado a BBVA a su eliminación.

A estos efectos, hemos de tener en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 acerca de los efectos frente a terceros de la Sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores: "*no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación.*"

El efecto de este pronunciamiento es que la cláusula sobre cuya nulidad debemos pronunciarnos ya no existe en el contrato con independencia de cuál sea el fundamento que justifique la declaración de nulidad.

En consecuencia, estamos ante el supuesto previsto en el artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto pues, por circunstancias sobrevenidas a la demanda (la STS) la actora ha dejado de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida (pretensión declarativa de nulidad y de condena a su eliminación) porque ya ha sido satisfecha con anterioridad fuera del proceso.

TERCERO.- En la demanda que inicia este proceso también se deduce una pretensión de condena a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula así como sus intereses en aplicación del artículo 1.303 del Código civil .

La STS contiene un pronunciamiento sobre este particular en el apartado Décimo del Fallo que, en correlación a lo argumentado en su Fundamento de Derecho Decimoséptimo, dice así: "No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."

Si este pronunciamiento está vinculado a la declaración de nulidad de la cláusula sobre el pacto de limitación de interés variable que ya se ha producido de manera sobrevenida por efecto de la STS y nuestro proceso aún no ha terminado mediante Sentencia firme, la conclusión no puede ser otra, al estar la cláusula litigiosa dentro del ámbito de la STS por su plena identidad con la reseñada en el apartado 3-b de su antecedente de hecho



primero, que limitar la condena a la devolución de los intereses cobrados en virtud de la cláusula nula a partir de la fecha de la publicación de la STS, esto, es el día nueve de mayo de 2013.

CUARTO.- La impugnación de la Sentencia articulada por los actores no se estima porque resulta adecuada la aplicación al presente caso del criterio excepcional sobre las serias dudas de Derecho como excepción al criterio objetivo del vencimiento contenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues no ha sido hasta el momento en el que se ha dictado la STS cuando se ha establecido un criterio jurisprudencial sobre esta materia existiendo hasta esa fecha resoluciones discrepantes de las Audiencias Provinciales.

Además, como consecuencia de la presente resolución no existe una plena estimación de la demanda al limitarse la condena a la devolución de los intereses abonados por los actores lo que llevaría consigo la aplicación del criterio contenido en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de estimación parcial de la demanda.

QUINTO.- No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes respecto de las costas causadas en esta alzada originadas por el recurso de apelación principal deducido por BBVA toda vez que ha quedado en mejor situación que la resultante de la Sentencia de instancia, por lo que se ha producido una situación asimilable a una estimación parcial del recurso.

Tampoco procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes respecto de las costas causadas en esta alzada originadas por la impugnación articulada por los actores al apreciar serias dudas de Derecho (artículo 394.1 al que se remite el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pues han sido determinante para la resolución del presente litigio los pronunciamientos sobrevenidos contenidos en la STS.

SEXTO.- Procede devolver a BBVA el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación al haberse estimado en parte y se acuerda la pérdida del depósito constituido por los impugnantes al haberse desestimado según establece la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de apelación deducido por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. y con desestimación de la impugnación deducida por Don Justo y Doña Estefanía , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante de fecha cuatro de octubre de dos mil doce , en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la mencionada resolución y, en su lugar,

1.-) debemos declarar y declaramos la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto al haber declarado la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 , la nulidad y supresión de la cláusula controvertida en el presente litigio;

2.-) debemos de condenar y condenamos a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. a devolver a Don Justo y a Doña Estefanía las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir del día 9 de mayo de 2013 más los intereses legales desde su cobro hasta la fecha de su devolución;

3.-) no procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada;

4.-) se acuerda devolver a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación y se acuerda la pérdida del depósito constituido por los impugnantes Don Justo y Doña Estefanía .

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvase los autos originales compuestos de dos tomos al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación al poder presentar su resolución interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).



Al tiempo de la interposición del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 € por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banesto y el ingreso de las TASAS legales en el Tesoro Público, sin cuya acreditación no se tendrá por interpuesto.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Magistrado Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a doce de julio del año dos mil trece.

Acepto, por remisión, los Antecedentes de Hecho de la sentencia dictada por el Tribunal (art. 205.1 LEC).

Discrepa este magistrado de la resolución mayoritaria del Tribunal con relación al recurso interpuesto por BANCO BILBAO ARGENTARIA, SA, por los motivos que, numeradamente, y en forma de sentencia (Art. 20.1 LEC), se indicarán a continuación.

PRIMERO. Planteamiento del caso y discrepancia que motiva el presente voto particular.-

Dos consumidores, que contrataron con BBVA un contrato de crédito y constitución de hipoteca y afianzamiento, han solicitado la declaración de nulidad de una cláusula de limitación del tipo de interés aplicable (cláusula de las denominadas "cláusula **suelo**") inserta en el mismo y la devolución de las cantidades que, en virtud de la misma, ha cobrado dicha entidad bancaria.

La sentencia dictada en primera instancia, y confirmada por este Tribunal en este aspecto, ha declarado la nulidad de esa cláusula **suelo**, por cuanto, según razonamiento de este Tribunal (que comparto) dicha cláusula es idéntica a las declaradas nulas por STS, Pleno, de 9 de mayo del 2013 . La sentencia recurrida también ha condenado a la devolución de las cantidades cobradas y sus intereses.

En lo relativo a la devolución de las cantidades cobradas por el banco, en aplicación de la cláusula declarada nula, el parecer mayoritario de este Tribunal, del que discrepo, es que tales cantidades no han de ser devueltas sino desde el día 9 de mayo del 2013 (fecha de la sentencia del Tribunal Supremo antes citada), pues, de conformidad con el apartado décimo del fallo de la STS, dicha sentencia no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

SEGUNDO.-

No comparto la decisión de que la eficacia de la declaración de nulidad de la cláusula **suelo**, calificada de abusiva y eliminada del contrato suscrito entre las partes, no alcance a las cantidades que, en virtud de la misma, la entidad bancaria ha venido cobrando indebidamente durante años a sus clientes y deba verse limitada, como acuerda la decisión mayoritaria de este Tribunal, a las cantidades que aquella haya percibido, por la aplicación de dicha cláusula, desde el día 9 de mayo del 2013.

Y ello, por varios motivos.

El primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Esa Directiva, que inspira la legislación española sobre la materia (su trasposición a la legislación española tuvo lugar con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación), hace hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas, de modo que la protección debe ser proporcionada por las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario. El art. 6 de la Directiva es meridianamente claro al decir, en su número primero, que " *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* ".

Este principio, que denomino de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, ha sido reiterado en varias sentencias del TJUE:

a) STJUE 30 de mayo del 2013: " *La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno,*



nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta " .

b) Otra STJUE 30 de mayo del 2013 : " El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor " .

c) STJUE de 26 de abril del 2012 : " 40 En efecto, la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales.

42 Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia Perenicová y Perenic, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada).

43 De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula.

(...)

- cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula".

Entiendo que admitir que la cláusula abusiva pueda surtir efectos, en perjuicio del consumidor, supone tanto como admitir una vinculación parcial de éste a dicha cláusula, lo que choca frontalmente, según mi criterio, con el principio de no vinculación establecido por el TJUE al interpretar la Directiva antes reseñada.

Considero que la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español. La no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas supone, según mi opinión, una no vinculación absoluta e incondicional. Aceptar que los consumidores tengan que soportar los efectos de las cláusulas abusivas, declaradas nulas, supondría tanto como afirmar que deben quedar vinculados por dichas cláusulas durante periodos temporales inciertos e indeterminados, y estimo que ello es contrario a la construcción jurisprudencial antes expuesta. La no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos.

En materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Creo que la construcción jurisprudencial asentada por el TJUE va por el camino de la no vinculación generalizada a dichas cláusulas, tanto para el futuro como para el pasado.

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.

TERCERO.-

El voto particular se asienta, por tanto, en la aplicación preferente de la doctrina jurisprudencial del TJUE al caso que nos ocupa.



La STS, del Pleno, de 9 de mayo del 2013 , viene, de hecho, a admitir la vinculación a las cláusulas **suelo** abusivas, pues establece que la sentencia que declara su nulidad no afectará a los pagos ya realizados a la fecha de publicación de la misma. Es decir, permite que los consumidores afectados se vean vinculados por los efectos de las cláusulas abusivas declaradas nulas. En cualquier caso, en el caso resuelto mediante dicha sentencia no se dedujo pretensión alguna de condena en dicho sentido; fue el Ministerio Fiscal el que interesó que se precisara el elemento temporal de la sentencia, afirmando que si se otorgara efecto retroactivo total, quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que habrían de reintegrarse " *las ingentes cantidades ya cobradas* " .

El caso que se presenta a este Tribunal es mucho más doméstico, por llamarlo de algún modo. Se trata de dos consumidores que han comprobado que en los contratos concertados con el BBVA se introdujo una cláusula abusiva, cuyos perversos efectos han soportado durante años, y que han reclamado, y obtenido, su nulidad. Ya no hay "ingentes cantidades cobradas"; simplemente, el anhelo, legítimo según mi opinión, de recuperar lo que indebidamente han tenido que abonar a la entidad bancaria creadora de la cláusula **suelo**. Sin que, por lo dicho con anterioridad, deban soportar la eficacia de la cláusula hasta la fecha del dictado de la STS referida.

Por último, señalar que otras resoluciones del TS dictadas con ocasión de nulidad de cláusulas abusivas en productos bancarios sí han confirmado la condena a la devolución de las cantidades percibidas indebidamente. Tal cosa sucede, por ejemplo, en la Sentencia de 29 de abril del 2010, ponente Excmo. Sr. Seijas Quintana, en un asunto en que AUSBANC CONSUMO accionó contra cierta entidad bancaria solicitando, en primer lugar, la declaración de nulidad, por ser una cláusula abusiva, de la condición general de la contratación contenida en los préstamos hipotecarios a tipo variable y, consecuentemente con la anterior declaración, la condena " *a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en exceso respecto a las cantidades que correspondería haber cobrado sin la aplicación de la cláusula de redondeo citada anteriormente, con el interés legal del dinero desde cada una de las respectivas fechas en que se pagaron importes superiores por aplicación de la cláusula impugnada o desde demanda, incrementado en dos puntos desde la sentencia de primera instancia* ". Se accedió a esta pretensión en la primera instancia, y, tras los recursos de apelación y casación, tal decisión adquirió firmeza.

CUARTO.-

Lo expuesto en los fundamentos anteriores conllevaría la desestimación del recurso interpuesto por BBVA..., a la cual deberían imponerse las costas del recurso y la pérdida del depósito constituido, por prescripción legal.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la presente resolución, en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, por el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLO: Que con **desestimación** del recurso de apelación formulado por la representación de BANCO BILBAO ARGENTARIA, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Alicante, de fecha 4 de octubre del 2012 , en los autos de juicio ordinario n.º 432 / 11, **debo confirmar y confirmo dicha resolución** , sin expresa imposición de las costas originadas.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva, fallando en grado de apelación, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leído y publicado fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.