



Roj: **SAP TO 448/2015 - ECLI: ES:APTO:2015:448**

Id Cendoj: **45168370012015100233**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **267/2014**

Nº de Resolución: **127/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ-CARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**TOLEDO 00127/2015**

**Rollo Núm. ....267/2014.-**

**Juzg. de lo Mercantil Núm..1 de Toledo.-**

**J. Ordinario Núm..... 174/2013.-**

**SENTENCIA NÚM.127**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

**D. URBANO SUAREZ SANCHEZ**

**D<sup>a</sup> GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

En la Ciudad de Toledo, a once de mayo de dos mil quince.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

**SENTENCIA**

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 267 de 2014, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, en el juicio ordinario núm. 174/13, **sobre nulidad de cláusulas suelo**, en el que han actuado, como apelante NCG BANCO S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Martínez Cervera y defendido por la Letrado Sra. Scarpellini; y como apelado, D. Jesús Manuel representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Arribas Adalid y defendido por la Letrado Sra. Leal Barrios.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Presidente D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES:**

**PRIMERO:** Por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 23 de abril de 2014, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo fallo dice: "Que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Jesús Manuel, contra NCG Banco, S.A.: 1º) Declaro la nulidad



de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por la actora con Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra (Caixanova), ahora NCG Banco, S.A., en fecha 1 de febrero de 2008, cláusula 3ª bis, e), en cuanto establece que el tipo de interés máximo no será superior al 15% nominal anual, ni inferior al 4,1% nominal anual, por tratarse de una cláusula abusiva, que se tendrá por o puesta; 2º) Condeno a la demandada a eliminar de la escritura pública de hipoteca y a su costa, con inscripción de dicha escritura en el registro de la Propiedad, la cláusula precitada, y se abstenga en lo sucesivo de utilizarla; 3º) Condeno a la demandada a devolver al demandante las cantidades pagadas bajo aplicación de la cláusula referida en el apartado anterior, y en concreto de la cantidad de 12.018'57 € calculados hasta la fecha de interposición de la demanda, más lo que resulte hasta el momento en que la sentencia fuera ejecutada; y, 4º) Sin especial condena al pago de las costas causadas en esta instancia".-

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución y por la mercantil demandada, dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

**SE REVOCAN EN PARTE** los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en aquello que no se entienden ajustados a derecho y en todo lo que contradigan a la presente resolución, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** Se recurre la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 23 de abril de 2014, en la que se estimó la demanda interpuesta D. Jesús Manuel, frente a la mercantil NCG Banco, S.A., y en la que se declaraba la nulidad de la cláusula 3ª bis e), del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por la actora con Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra (Caixanova), ahora NCG Banco, S.A., en fecha 1 de febrero de 2008, en cuanto establece que el tipo de interés máximo no será superior al 15% nominal anual, ni inferior al 4,1% nominal anual, por tratarse de una cláusula abusiva, que se tendrá por o puesta; y además, condenaba a la bancaria a eliminar de la escritura pública de hipoteca y a su costa, con inscripción de dicha escritura en el registro de la Propiedad, la cláusula precitada, con abstención de su utilización en lo sucesivo; y a devolver al actor la cantidad de 12.018,57 euros, pagada bajo aplicación de la cláusula, con cálculo efectuado hasta la fecha de interposición de la demanda, más lo que resulte hasta el momento en que la sentencia fuera ejecutada; y todo ello sin especial condena en costas.

El recurso se articula sobre una "consideración previa inicial" en relación a las cláusulas suelo, con reseña de las conclusiones de la STS. Pleno de 9 de mayo de 2013; para luego alegar, como primer motivo, la improcedencia de la condena a la restitución al actor de las cantidades satisfechas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo desde el inicio del préstamo y sus intereses legales, con indebida falta de aplicación de la doctrina derivada de la aludida STS. de 9.5.2013; la aplicación del art. 1.303, CC., para determinar los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, en un sentido opuesto al de la doctrina que sienta la misma sentencia; como también el que la sentencia condene al recurrente a eliminar la cláusula suelo de la escritura pública de hipoteca y a su costa, con inscripción de dicha escritura en el registro de la Propiedad, la cláusula precitada y se abstenga en lo sucesivo de utilizarla. Terminaba por suplicar el dictado de nueva sentencia por la que revoque la de instancia en el pronunciamiento relativo a la condena a NCG Banco, S.A. a la reintegración al demandante de las cantidades satisfechas al amparo de la cláusula suelo y sus respectivos intereses y a la eliminación de la cláusula suelo en la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.-

**SEGUNDO:** Conforme a la conclusión del propio recurso interpuesto, son dos las cuestiones a resolver: a) la relativa a la determinación del efecto de la nulidad de la cláusula suelo relativo a si la demandada NCG Banco S.A., debe restituir al actor la diferencia que resulta de calcular la cuotas hipotecarias devengadas y satisfechas sin el límite a la variación a la baja del tipo de interés aplicable contenido en esa cláusula, ya que el Juez a quo prescinde expresamente de la doctrina contenida en la STS. de 9 de mayo de 2013 y acuerda la restitución en la forma solicitada por el demandante (con cálculo efectuado hasta la fecha de interposición de la demanda, más lo que resulte hasta el momento en que la sentencia fuera ejecutada), con lo que se está infringiendo el art. 1303, CC., que lo aplica contra el sentido y alcance que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha establecido, y que tiene en relación con los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, con lo que la restitución que se acuerda en dicha sentencia no resulta -como en forma expresa exige la jurisprudencia aplicable para determinar la eficacia retroactiva de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo sobre los pagos ya realizados-, de una ponderación del principio de seguridad jurídica ( art. 9.3, CE .) y, en concreto, no atiende a las relaciones establecidas de buena fe y a la



necesidad de evitar el riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico; por lo que aduce que no existe razón alguna para considerar que la doctrina jurisprudencial relativa a la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad por falta de transparencia sobre los pagos ya realizados con anterioridad a la STS. de 9 de mayo de 2013 no debe aplicarse al presente caso; y, b) que no existe razón alguna para considerar necesaria la inscripción de la eliminación de la cláusula suelo puesto que la STS. de 9 de mayo de 2013 no se hace extensiva a terceros.

Respondiendo al primer postulado, la STS. Pleno de 9 de mayo de 2013, punto décimo de su fallo, establece que "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"; siendo esa la posible eficacia retroactiva de los efectos económicos de la declaración de abusividad de una cláusula suelo suscrita en contrato entre profesional y consumidor, la que ha tenido distinto tratamiento interpretativo por Juzgados y Tribunales a partir de la publicación de la misma, en muchos casos desconociendo su contenido.

La cuestión, en la actualidad, ya ha resuelta por el Tribunal Supremo, Sala I, que en su sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, en el fundamento octavo, relativo a la posible eficacia irretroactiva de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva, señala que "... teniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3, CE.), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido"; y así señala (noveno), que la STS. de 9.3.2013, al plantearse a instancia del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, procedió a analizar los efectos retroactivos de la nulidad para, seguidamente razonar la posibilidad de limitarla y concluir por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que se especificaba, pues: 1º) Recoge como regla general que la ineficacia de los contratos -o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto)", añadiendo que así lo dispone el 1303 del Código Civil.; 2º) Se hace cita, para reforzar tal regla a la STS 118/2012 de 13 de marzo, y se trataría "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente"; como se añade que "[...]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)"; y finaliza aseverando que esa regla la contempla el TJUE para el caso de nulidad de cláusulas abusivas en la Sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 (LA LEY 16295/2013), apartado 58; 3º) Se afirma que "... no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (art. 9.3, CE.), y ello para evidenciar que la limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, para lo que cita normas como el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "...[...]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"; o los arts. 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio (LA LEY 1167/2003), de Protección Jurídica del Diseño Industrial; como también alude a que el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994, de 16 junio, 281/1995, de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011, de 28 marzo; y como también se señala que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ("...[...]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad en la STS. 118/2012, de 13 marzo; y como sentencia de cierre, a la hora de exponer la posibilidad de limitar la retroactividad, menciona la del TJUE de 21 de marzo de 2013 (RWE, Vertrieb, ya citada, apartado 59), cuando dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren



dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09 (LA LEY 141426/2010), Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11 (LA LEY 100241/2012), Rec. p. I-0000, apartado 59). Siendo en esta resolución donde la Sentencia de Pleno fundó la irretroactividad de la misma, a través de los principios de irretroactividad, buena fe y riesgo de trastornos graves; 4º) Se señala que "... 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"; por lo que añade que "... pretender que en la acción individual no se produzca meritorio riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto; 5º) Tras explicar el Tribunal Supremo de lo que infiere la buena fe de los interesados, como que las cláusulas suelo son lícitas; que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas; que no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes; que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado; que 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; la que no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información; que no consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; que la finalidad de la fijación del tope mínimo responde 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; que 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; y que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; 6º) Termina señalando que la conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados a la fecha de publicación de la sentencia que se interpreta de 9 de mayo de 2013 .

Por ello, la STS. Pleno de 25 de marzo de 2015 , Fundamento 10º, declara que "... a partir de la fecha de publicación de la Sentencia del Pleno del 9 de mayo de 2013 , no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia"; y "... si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada". Finalmente, dicha sentencia de Pleno, en el punto 4º de su Fallo, establece que se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 , se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ".

Tras el presente preámbulo de reseña jurisprudencial, descendiendo al supuesto enjuiciado, en aplicación de dicha doctrina del Tribunal del Supremo, debe concluirse que la misma fue interpretada -la STS. de Pleno de 9 de mayo de 2013 -, erróneamente en la instancia, no procediendo, en su consecuencia, la devolución de cantidades a que se alude en el apartado 3º de la misma ("condeno a la demandada a devolver al demandante las cantidades pagadas bajo aplicación de la cláusula referida en el apartado anterior, y en concreto de la cantidad de 12.018,57 € calculados hasta la fecha de interposición de la demanda, más lo que resulte hasta el momento en que la sentencia fuera ejecutada"); y ello con ratificación del resto de los pronunciamientos de la resolución, salvo el relativo a la inscripción registral de la nulidad de la cláusula. Ello es así en cuanto en el préstamo en que quedó inserta la cláusula suelo se reclaman devengos entre febrero de 2012 a febrero



de 2013, por lo que las cantidades que se calculan como indemnizables son en todo caso anteriores al tope temporal que se fija en la STS. de Pleno de 9 de mayo de 2013 , que se interpreta y aplica.

Por último, respecto del análisis de los otros dos motivos de recurso, que se contienen en el punto 2º del mismo fallo ("... condeno a la demandada a eliminar de la escritura pública de hipoteca y a su costa, con inscripción de dicha escritura en el registro de la Propiedad, la cláusula precitada, y se abstenga en lo sucesivo de utilizarla"), en tanto que aun siendo ambos efectos son consecuencia de dicha la declaración de nulidad de la cláusula, y así lo reconoce el apartado octavo del Fallo de la Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , cuando condena a las bancarias parte en el proceso "a eliminar dichas cláusulas de los contratos en que se inserten y a cesar en su utilización", sin perjuicio de que los contratos quedaran subsistentes (apartado noveno), por lo que el aserto relativo a eliminar de la escritura pública de hipoteca la cláusula abusiva, se interpreta como una obligación de futuro, siendo la de presente la de prohibir su utilización, que en lo que debe contener la condena, sin perjuicio de que, en todo caso, se mantenga la nulidad de la cláusula por abusiva; y además, nada se contempla en las Sentencias de Pleno comentadas en cuanto a que debe ser condenada la bancaria recurrente a otorgar nueva escritura pública, o a imponer a la misma la obligación de inscribir la que otorgue suprimiendo esa cláusula en el Registro de la Propiedad, en tanto que, como ya se dice, la sentencia de Pleno que se aplica solo recoge la eliminación y el cese en la utilización. La sentencia aquí declara expresamente la nulidad de una determinada cláusula de una escritura, que a su vez se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que nada impide al recurrido el hacer uso de lo que se le reconoce en la sentencia ante los organismos correspondientes, por lo que si bien tal pronunciamiento sobre su inscripción registral no puede ser directamente impuesta al prestamista, lo que parece lógico, en cuanto la hipoteca responde de lo que consta en la escritura de su constitución, con la modificación antes dicha que afecta a la supresión de la cláusula suelo como abusiva y a la concreta orden del cese en su utilización, que lo es de presente y de futuro, sin perjuicio del derecho que le asista al prestatario en orden a la adecuación registral de lo acordado en sentencia.-

**TERCERO:** No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil.-

#### **FALLO:**

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de NCG BANCO S.A., debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 23 de abril de 2014 , en el procedimiento núm. 174/2013, de que dimana este rollo, y en su lugar rechazamos y dejamos sin efecto, desestimando al respecto la demanda, respecto de los pronunciamientos 2º, del que solo se ratifica el aserto "y se abstenga en lo sucesivo de utilizar dicha cláusula de la escritura"; y 3º de dicha resolución; con expresa **RATIFICACIÓN** de los pronunciamientos 1º y 4º; todo ello sin efectuar especial imposición sobre las costas causadas en el presente recurso, con devolución del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Presidente D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO, en audiencia pública. Doy fe.-