



Roj: **SAP B 3211/2015 - ECLI: ES:APB:2015:3211**

Id Cendoj: **08019370152015100102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **235/2014**

Nº de Resolución: **117/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 235/2014-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 825/2013

JUZGADO MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA

**SENTENCIA núm. 117/2015**

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F GARNICA MARTIN

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DOÑA ELENA BOET SERRA

En Barcelona a trece de mayo de dos mil quince.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 825/2013 ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, a instancia de Don Isidoro y Don Roberto , representados por el procurador de los tribunales Don Jesús de Lara Cidoncha, contra CATALUNYA BANK S.A., representada por el procurador de los tribunales Don Antonio María de Anzizu Furest.

Penden las actuaciones ante esta Sala por virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada en fecha 11 de marzo de 2014 , impugnada también por los actores.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: *"Estimo parcialmente la demanda formulada por Don Jesús de Lara Cidocha, en nombre y representación de Don Isidoro y Don Roberto , declaro la nulidad de la cláusula definida en el fundamento de derecho primero de esta resolución y condeno a CATALUNYA BANC S.A. a que abone a la demandante la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde el mes siguiente a mayo de 2013. Se hace imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada"*.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Dado traslado a la actora, presentó escrito de oposición al recurso y de impugnación a la sentencia. Del escrito de impugnación se dio traslado a la apelante.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 23 de abril de 2015.



Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Los demandantes interpusieron demanda de nulidad de la condición general incluida en la cláusula 3ª bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada el 30 de abril de 2007, que establecía un límite a la variabilidad de los tipos de interés (cláusula suelo). La actora, además de la nulidad de la cláusula por abusiva, solicitó se condenara a la demandada a la restitución de la cantidad abonada en aplicación de dicha cláusula.

La sentencia estima parcialmente la demanda. Declara la nulidad de la cláusula, de un lado, y, de otro, condena a la restitución de la cantidad que resulte en ejecución de sentencia aplicando las condiciones del préstamo, sin la referida cláusula, a partir del mes de mayo de 2013. Ello no obstante, la *juez a quo* considera que la demanda se estima sustancialmente y, en consecuencia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, condena en costas a la demandada.

La sentencia es recurrida por CAIXA CATALUNYA, que impugna la condena a la restitución de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula declarada nula desde el mes de mayo de 2013 y la condena en costas. Considera la recurrente que es de aplicación a las acciones individuales la doctrina sentada por la sentencia por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013, que no reconoce efectos retroactivos de ninguna clase a las llamadas cláusulas suelo. Y en cuanto a la condena en costas alega que no es procedente al haberse estimado parcialmente la demanda ( artículo 394.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

La parte actora se opone al recurso y, a su vez, impugna la sentencia, interesando que la restitución de cantidades se extienda a todos los intereses devengados en ejecución de la cláusula abusiva.

**SEGUNDO**.- Por tanto, la demandada considera improcedente la restitución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013, rechazando que pueda otorgársele cualquier efecto retroactivo a la nulidad, ni siquiera la retroactividad parcial que contempla la sentencia apelada. Recordemos que el punto décimo del fallo de dicha Sentencia dice lo siguiente: " *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.*"

La Sentencia de referencia no desconoce que, como regla general, la ineficacia de los contratos " *exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)* ". Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor " *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*" (apartado 283). Sin embargo admite la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad, " *ya que la "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*" ( STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 ) (apartado 291).

En concreto, la irretroactividad de la sentencia, en el sentido de que la nulidad de la cláusula no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada " *ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación*" (apartado 294), lo justifica el Tribunal Supremo por las siguientes circunstancias que enumera en su apartado 293:

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".

Este tribunal ya se pronunció en su Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (Roj: SAP B 14242/2013 ) sobre la cuestión que plantea el recurso, en una decisión en la que no existió unanimidad entre los componentes de la Sala. La decisión de la mayoría en aquella ocasión fue partidaria de hacer aplicación de lo establecido en el artículo 1.303 CC y extender los efectos de la nulidad de forma retroactiva, apartándonos del criterio establecido en la STS 241/2013, de 9 de mayo .

Tras esa primera resolución, esta Sección cambió de criterio a partir de la sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo 410/2013 ), al haberse modificado la composición de la Sala y atendida la respuesta que habían venido dando los tribunales a esta cuestión, con una diversidad de criterios poco compatible con la seguridad jurídica. Entendimos a partir de entonces que la respuesta en el ámbito de las acciones individuales no podía ser distinta a la que el Tribunal Supremo había dado en el ámbito de las acciones colectivas. No resulta lógico que una misma situación jurídica merezca una respuesta judicial distinta según cuál sea cauce procesal seguido para lograr su protección.

Ya entonces anunciamos que adaptaríamos nuestro criterio al que pudiera sentar el Tribunal Supremo. Pues bien, la reciente sentencia de 25 de febrero de 2015 (139/2015 ) precisa su postura inicial y fija la siguiente doctrina, que refleja en el punto 4 del fallo:

*" 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 "*

La citada sentencia, tras exponer cuales fueron los motivos por los que la sentencia de 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad, justifica su decisión con los siguientes argumentos:

*"(...) se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 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.*

*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 mayo 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.*



La anterior doctrina es aplicable al presente caso, dado que la nulidad se declara por falta de transparencia en los términos fijados por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Y esa doctrina es la que sigue la sentencia apelada, por lo que debemos desestimar el primero de los motivos esgrimidos por el apelante, así como la impugnación de la sentencia formulada por los actores.

**TERCERO.-** La demandada también recurre el pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales, que entiendo infringe el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuyo párrafo segundo establece que *"si fuere parcial la estimación o desestimación de la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia o las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad"*. Es cierto que si entre lo pedido en la demanda y lo concedido en sentencia no existe una diferencia sustancial, ha de aplicarse el criterio general del vencimiento contemplado en el párrafo primero. Sin embargo en el presente caso la restitución de cantidades como consecuencia de la nulidad de la cláusula se desestima en buena medida, pues sólo se reconoce a partir del mes de mayo de 2013. Por ello estimamos que la demanda se estima sólo parcialmente y que ha de aplicarse el párrafo segundo del artículo 394, máxime atendidas las dudas de derechos suscitadas, con disparidad de pronunciamientos judiciales.

**CUARTO.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se imponen las costas de esta alzada. Tampoco imponemos las costas de la impugnación atendidas las dudas de derecho suscitadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de CATALUNYA BANC S.A., contra la sentencia dictada en fecha 11 de marzo de 2014 , que revocamos en parte, en el sentido de dejar sin efecto la condena en costas a la parte demandada. Desestimamos la impugnación formulada por la representación procesal de Isidoro y Roberto . Sin imposición de las costas de esta alzada y con devolución del depósito constituido para la interposición del recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública.

Doy fe.