



Roj: **SAP C 1331/2015 - ECLI: ES:APC:2015:1331**

Id Cendoj: **15030370032015100164**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **28/05/2015**

Nº de Recurso: **97/2015**

Nº de Resolución: **167/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de A CORUÑA SENTENCIA: 00167/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

A CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00167/2015

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a veintiocho de mayo de dos mil quince.

Visto el presente recurso de **apelación** tramitado bajo el **número 97-2015** , por la **Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial** , constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2014 por el Sr. Juez del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Corcubión** , en los autos de **procedimiento ordinario** que se tramitaron ante dicho Juzgado bajo el número 50-2014, siendo parte:

Como **apelante** , el demandado "**BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**" , con domicilio social en Bilbao, Plaza de San Nicolás, 4, con número de identificación fiscal A-48 265 169, representado por la procuradora doña Delfina Pariente Pouso, y dirigido por la abogada doña María-Sheila Muñoz Muñoz.

Como **apelada** , la demandante **DOÑA Silvia** , mayor de edad, vecina de Fisterra (A Coruña), con domicilio en RUA000 , NUM000 , NUM001 , provista del documento nacional de identidad número NUM002 , representada por la procuradora doña Marta Díaz Amor, y dirigido por el abogado don Eduardo Insua Redonda.

Versa la apelación sobre nulidad de cláusula suelo en préstamo hipotecario; ascendiendo la cuantía del recurso a 3.533,84 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 20 de noviembre de 2014, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Corcubión , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO: Que estimando parcialmente la**



demanda interpuesta por **Silvia**, representada por el Procurador Sr. García Lijó y defendida por el Letrado Sr. Insua Redonda, contra la entidad mercantil **Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Pariente Pauso y defendida por la Letrada Sra. Muñoz Muñoz,

Debo declarar y declaro nula la regla 4ª de la cláusula financiera tercera -bis (Tipo de interés variable) inserta en la página 1V1699266 del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la demandante y la entidad BBVA en fecha de 18 de diciembre de 1.996, mantenida en la escritura de ampliación de préstamo y novación de fecha de 10 de septiembre de 2.004, que establece la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable del 5% nominal anual y máximo de un 18%.

Y, en consecuencia,

Debo condenar y condeno a la entidad bancaria BBVA, S.A. a restituir a la parte actora la suma de 3.533,84 euros, incrementados con los intereses legales computados desde la percepción por la entidad bancaria de cada una de las cantidades indebidamente cobradas (según el informe pericial del Sr. Simón) y hasta su efectiva restitución.

No se hace expresa imposición de costas procesales, debiendo cada parte asumir sus propias costas y siendo las comunes por mitad.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, advirtiéndoles de que la misma no es firme, sino que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación para su resolución por la Audiencia Provincial de A Coruña. La interposición de recurso contra la anterior resolución exige la constitución del depósito de 50 euros mediante ingreso en efectivo, en cualquier sucursal del Banco Santander, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial.

Háganse las anotaciones correspondientes en el libro de asuntos y llévase la presente al Libro Legajo de Sentencias y Autos de este Juzgado y testimonio de la misma a los autos principales.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo» .

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se presentó por doña Silvia escrito de oposición al recurso. Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 17 de febrero de 2015, previo emplazamiento de las partes.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. También se aportó resguardo acreditativo de haber autoliquidado la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social» establecida en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 23 de febrero de 2015, siendo turnadas a esta Sección el 5 de marzo de 2015, registrándose con el número 97-2015. Por el Sr. Secretario Judicial se dictó el 18 de marzo de 2015 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Delfina Pariente Pouso en nombre y representación de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", en calidad de apelante, para sostener el recurso. Previa solicitud, se libró oficio al Ilustre Colegio de Procuradores a fin de que designase profesional en turno de oficio que asumiese la representación de doña Silvia, a la que se le había reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por resolución de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2013, recayendo la designación en la procuradora doña Marta Díaz Amor. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 23 de abril de 2015 se señaló para votación y fallo el pasado día 26 de mayo de 2015, en que tuvo lugar.

SEXTO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no difieran de los que se exponen a continuación.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 18 de diciembre de 1996 la entidad entonces denominada "Banco Bilbao Vizcaya, S.A." prestó a doña Silvia la cantidad de 8.500.000 pesetas, como financiación para la adquisición de su vivienda habitual, estableciéndose una garantía hipotecaria sobre la misma. En la escritura pública consta como "cláusula financiera" "tercera bis (tipo de interés variable)", en el ordinal cuarto, que «El tipo de interés que resulte no podrá ser inferior al 5% nominal anual, ni superior al 18% nominal anual».

2º.- El 10 de septiembre de 2004 se otorgó una escritura pública por la que se modificaron algunas de las estipulaciones contractuales, así como se incrementó el capital, pero no se alteró la citada cláusula.

3º.- El 4 de marzo de 2014 doña Silvia formuló demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", manifestando ejercitar una «acción de nulidad de condición general de contratación por abusiva», si bien en la fundamentación jurídica se mencionan también la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, el texto refundido de la misma del año 2007, y el artículo 1303 del Código Civil, así como la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Terminaba suplicando se dictase sentencia declarando la nulidad de la cláusula, y se condenase a la entidad demandada a devolver las cantidades cobradas indebidamente al haber aplicado dicha cláusula, que cifraba en 10.000 euros.

4º.- La demandada alegó las excepciones de cosa juzgada y carencia sobrevinida de objeto como consecuencia de la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, la caducidad de la acción de nulidad, así como la validez de la cláusula. Por otra parte, el interés se rebajó voluntariamente al 3% por mutuo acuerdo de las partes, y desde el 2013 dejó de aplicarse en cumplimiento de la citada sentencia. El importe de la diferencia sería de 2.077,21 euros, no la cantidad que menciona la demandante.

5º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia estimando la demanda, declarando la nulidad de la cláusula y condenando a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." a devolver la cantidad de 3.533,84 euros, más los intereses legales devengados desde el cobro de cada una de las cuotas, sin imposición de cuotas. Pronunciamientos frente a los que se alza la entidad bancaria. La sentencia aplica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, que era la vigente a la fecha de contratación. No se aplica la Ley de Condiciones Generales de Contratación, por cuanto ni estaba vigente, y además la competencia correspondería a los Juzgados de lo Mercantil.

TERCERO .- *La cosa juzgada* .- Insiste la entidad apelante en la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, en relación con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

El motivo no puede ser estimado:

La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013, recurso 485/2012) (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial) lo que hace es declarar la nulidad de unas determinadas y concretas cláusulas que recogen una limitación a la variación del interés, vulgarmente denominadas "cláusulas suelo", pero no de todas las cláusulas de este tipo que puedan existir. Ni tampoco en todos los casos. Es más, la propia sentencia explicita que ese tipo de cláusulas son lícitas, y pueden plasmarse en contratos celebrados con consumidores siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos de transparencia, información, etcétera. En consecuencia, habrá de analizarse en su caso tanto si la cláusula es nula como consecuencia de la sentencia mencionada, y si no le afectase directamente, si procede declarar su nulidad. En tal sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala de 25 de marzo de 2015 (Roj: STS 1280/2015, recurso 138/2014), matizando convenientemente hasta dónde alcanza el efecto de cosa juzgada, referido a las cláusulas concretas analizadas, no a otras que pueda utilizar la entidad bancaria, que deberá analizarse en cada caso.

CUARTO .- *La validez de la cláusula suelo* .- En el segundo motivo del recurso se aduce que la cláusula suelo es válida, en cuanto figura debidamente resaltada en la escritura de préstamo hipotecario, no fue impuesta, y se aplicó durante veinte años.

El argumento no puede ser compartido.

Debe compartirse el criterio explicitado en la sentencia apelada en el fundamento de derecho cuarto, en cuanto a que la cláusula litigiosa es incomprensible para el consumidor medio, se enmascara dentro de unas extensísimas cláusulas sobre intereses y su forma de determinarlo, por lo que no supera el doble filtro de transparencia exigido por la doctrina jurisprudencial [Ts. 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013, recurso



485/2012) de Pleno , 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014, recurso 1217/2013) de pleno y 24 de marzo de 2015 (Roj: STS 1279/2015, recurso 1765/2013). Precisamente la sentencia de 2013 recoge como una de las causas de no superar el doble filtro es que «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», al igual que acontece en este caso. Y ya la escritura del año 2004 es absolutamente ininteligible.

Y así lo entiende la propia recurrente, desde el momento en que reconoce que dejó de aplicar la cláusula una vez que se dictó la sentencia de 9 de mayo de 2013 . Por lo que carece de sentido que ahora se plantee su validez.

QUINTO .- *La irretroactividad* .- El último motivo del recurso se refiere a la improcedencia de aplicar retroactivamente la declaración de nulidad de la cláusula, y por lo tanto que la entidad bancaria apelante tenga que devolver cantidad alguna.

El motivo debe ser estimado:

En la sentencia de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013, recurso 485/2012) se denegó el carácter retroactivo a la nulidad de este tipo de cláusulas, estableciéndose 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» ; y en el fallo se establece: «Décimo: 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» .

Esta doctrina se reitera y fija en la sentencia de 25 de marzo de 2015 (Roj: STS 1280/2015, recurso 138/2014), al establecer 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 (en realidad es 8 de septiembre de 2014) 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 "» . En la fundamentación se excluye precisamente el pago de las cantidades anteriores de dicha sentencia. La doctrina de la sentencia de 2013 debe aplicarse en su totalidad, y respetando el pronunciamiento de irretroactividad por razón de orden público económico.

Por otra parte, el informe pericial incurre en un grosero error al fijar la cantidad supuestamente abonada por intereses, al aplicar incorrectamente índices de actualización del Índice de Precios al Consumo. La compensación vendría por vía de interés legal, conforme al mandato explicitado en el artículo 1303 del Código Civil .

SEXTO .- *Costas* .- Al estimarse parcialmente el recurso no procede hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SÉPTIMO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** , resuelve:

1º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado "**Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**" , contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2014 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Corcubión, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 50-2014, y en el que es demandante doña Silvia .

2º.- Se revoca parcialmente la sentencia apelada, y en su lugar: Estimando parcialmente la demanda formulada por doña Silvia contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", debemos declarar y declaramos la nulidad de la "cláusula suelo" recogida en el ordinal 4º de la cláusula financiera tercera bis (tipo de interés variable, de la escritura pública de concesión de préstamo y constitución de garantía hipotecaria otorgada entre las partes el 18 de diciembre de 1996; desestimándose la demanda en las restantes pretensiones, dejándose sin



efecto el pronunciamiento de la apelada ordenando la devolución de cantidades; sin imposición de las costas ocasionadas en la primera instancia.

3º.- No se imponen las costas devengadas por el recurso.

4º.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el Sr. secretario del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora que representa a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." por el importe del depósito constituido.

5º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Español de Crédito, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0097 15 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0097 15 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Doña Silvia está exenta de constituir el depósito al habersele reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2013.

Si el recurso o recursos los interpusiera una persona jurídica, deberá adjuntar el justificante de pago, debidamente validado, de la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social» establecida en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, salvo que acredite que se le ha reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Corcubión, con devolución de los autos.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, secretario, certifico.-