



Roj: **SAP C 1347/2015 - ECLI: ES:APC:2015:1347**

Id Cendoj: **15030370042015100157**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **138/2015**

Nº de Resolución: **161/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA DIAZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00161/2015**

MERCANTIL Nº 2

ROLLO 138/15

**S E N T E N C I A**

**Nº 161/15**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**ANA DÍAZ MARÍNEZ**

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

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000292 /2014, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000138 /2015, en los que aparece como parte demandante-apelante, Cristina , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. DIEGO RAMOS RODRÍGUEZ, asistido por el Letrado D. FELIPE MAYAN QUINTELA, y como parte demandada-apelada, NCG BANCO, SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO, asistido por el Letrado D. BLAS MANUEL RIVAS ALEJANDRO, sobre NULIDAD DE CLAUSULA DE TIPO DE INTERÉS EN PRESTAMO HIPOTECARIO.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA de fecha 29-12-14 . Su parte dispositiva literalmente dice: " desestimo la demanda interpuesta por Cristina , representados por el Procurador SR. RAMOS RODRIGUEZ y asistido por el Letrado SR. MAYAN QUINTELA, contra la demandada, NCG BANCO S.A., representada por el Procurador SR. GARRIDO PARDO y asistida por la letrada SRA. QUINTAS FERNANDEZ.

Todo ello sin expresa imposición de costas."



**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente la Iltra. Sra. Magistrada DOÑA ANA DÍAZ MARÍNEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .** Constituye la cuestión controvertida en este proceso judicial de que ahora conoce este tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto, la nulidad parcial de varios contratos de préstamo con garantía hipotecaria que la actora-apelante, Dña. Cristina , concertó o en los que se subrogó, entre el 7 de agosto de 2003 y el 29 de septiembre de 2008, en lo relativo a una cláusula de limitación a la variación del tipo de interés aplicable. Tal cláusula, en la escritura de préstamo hipotecario de 7 de agosto de 2003, establece que el tipo de interés nominal anual no podrá ser inferior al 3,50%, límite mínimo que se repite en la de 1 de marzo de 2006, que documenta un préstamo hipotecario en que se subroga la actora el 29 de septiembre de 2008, fijando la escritura de 15 de septiembre de 2008, también de subrogación en una hipoteca constituida anteriormente, un tipo mínimo de interés del 3%. En todos los casos se preveía también un tipo máximo de interés del 10%.

Se discute sobre la nulidad de esta comúnmente denominada "cláusula suelo" y sus efectos, planteándose la eficacia retroactiva de la pretendida declaración de nulidad y sus efectos restitutorios sobre intereses ya abonados por la prestataria desde la formalización de los préstamos. Sin embargo, las cantidades cuya restitución se reclama son únicamente las pagadas en exceso, en virtud de la aludida cláusula suelo, hasta 9 de mayo de 2013, pues la entidad bancaria, dictada la sentencia del Tribunal Supremo de tal fecha que apreciaba que la cláusula podía ser nula por falta de transparencia, habiendo sido parte demandada en tal proceso, la suprime del contrato, le comunica a Dña. Cristina que no la aplicará en lo sucesivo y le devuelve lo pagado indebidamente desde la fecha de la resolución judicial hasta el 6 de agosto de 2013.

La sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña el 29 de diciembre de 2014 , desestima la demanda interpuesta, por considerar que, como resolvió el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 , la nulidad no puede llevar consigo, en este caso, efecto restitutorio alguno, en aras del principio de seguridad jurídica, tan esencial en el ámbito mercantil y con el fin de evitar un "efecto llamada" consistente en el ejercicio de numerosas demandas con finalidad restitutoria que podrían provocar el impacto económico global negativo a que se refiere el Alto Tribunal. No obstante, no impone las costas a la actora, a causa de la complejidad jurídica de la litis.

El recurso de apelación interpuesto por Dña. Cristina invoca la existencia de un error de Derecho, pues en la audiencia previa se resolvió estimar la excepción de cosa juzgada material, opuesta por la entidad demandada, respecto a la pretensión primera del suplico de la demanda, la relativa a la declaración de nulidad de las cláusulas que establecen un límite mínimo en el interés variable pactado en los contratos de préstamo hipotecario, con el argumento de que la entidad demandada también lo fue en el proceso que concluyó con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y se extendían a ella los efectos de tal resolución judicial. La recurrente sostiene en esta alzada que no existe cosa juzgada material, puesto que las cláusulas no son idénticas a las que enjuició el Tribunal Supremo, faltando así el requisito de la identidad objetiva plena que actúa como presupuesto de aquélla. Además, no hay tampoco identidad entre los dos procedimientos, ya que en el primero se ejerció una acción colectiva y en este caso una acción individual. La sentencia recurrida habría incurrido, además, lo que se articula como segundo motivo del recurso de apelación, en otro error de Derecho, pues había vulnerado el art. 1 CC , en sus aptdos 1 y 6, que establecen las fuentes del ordenamiento jurídico español y el valor de la jurisprudencia. Tal sistema de fuentes declara la prioridad absoluta de la ley, frente a la cual no se puede hacer prevalecer la jurisprudencia, y el art. 1303 CC ordena el efecto restitutorio de la declaración de nulidad de un contrato, en relación con las prestaciones que las partes hubieran realizado. Ni criterios jurídicos ni extrajurídicos (el pretendido trastorno grave del sistema financiero que la restitución podría acarrear no es tal) pueden servir, según la apelante, para impedir que la sentencia que declara la nulidad de una cláusula tenga efectos retroactivos y las partes hayan de restituirse las prestaciones.

**Segundo .** En cuanto al pretendido error de Derecho al haber apreciado la juzgadora de instancia la existencia de la cosa juzgada material respecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios litigiosos, cuestión que puede ser objeto de esta apelación al haberse interpuesto en la audiencia previa el pertinente recurso de reposición y haberse formulado protesta, en realidad, como resolvió en un caso muy similar este mismo tribunal, en sentencia de 22 diciembre 2014 (JUR 2015, 46047), más que ante un supuesto de cosa juzgada, nos hallamos ante un caso de falta de interés legítimo. Efectivamente, la parte demandada comunicó a la actora, mediante una carta de fecha 6 de agosto de 2013, que dejaba sin efecto, eliminándolas de los contratos de préstamo hipotecario objeto de este proceso, dichas cláusulas limitativas



del tipo de interés. Así consta en autos en el documento que se aportó con la demanda como nº 6, en que se dice literalmente "en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 09-05-2013, y con efectos desde la misma fecha, su préstamo hipotecario ha sido reliquidado el día 07/09/2013 por la eliminación de la cláusula suelo". Eliminadas las cláusulas suelo de los contratos, por entender la demandada-apelada que estaba obligada a ello por la declaración de nulidad de las mismas que había hecho el Tribunal Supremo, carece ahora la actora-apelante de interés legítimo para instar de un órgano judicial que se pronuncie de nuevo sobre ello.

En definitiva, pues, el único interés legítimo que existe en este litigio es el de reclamar la eficacia *ex tunc* del efecto restitutorio inherente a la nulidad de dichas cláusulas suelo de los contratos de préstamo suscritos por la apelante o en los que ella se subrogó. En concreto, se somete a juicio de este tribunal si el efecto restitutorio de la nulidad, previsto en el art. 1303 CC, debería motivar la condena a la entidad apelada a la restitución de las cantidades pagadas, por aplicación de la misma, desde la formalización de dichos contratos o la subrogación hasta 9 de mayo de 2013 o, por el contrario, como ella sostiene, debería confirmarse la sentencia de instancia, que desestimó tal pretensión de restitución.

**Tercero**. Entrando, por tanto, a analizar la denominada "retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios, no se puede sino reconocer que la cuestión ha sido sumamente controvertida en los tribunales españoles, y aun gallegos, en los que, aun con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (aclarada por auto de 3 junio 2013, RJ 2013, 3617), que se pronunció a favor de la irretroactividad, se han mantenido, con sólidos argumentos, ambas posiciones.

Por un lado, se ha defendido que no procede la restitución de las prestaciones ya realizadas por las partes, pues la declaración de nulidad parcial carecería, en este caso concreto y por excepción a la regla general del art. 1303 CC, de efecto retroactivo. En este sentido, la STS 9 de mayo de 2013 dispone 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 en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013". La irretroactividad se sustenta esta resolución con el recurso a los principios generales del Derecho como moderadores de una eficacia retroactiva automática, especialmente el constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3º CE) o con apoyo en la propia naturaleza de la acción de cesación interpuesta. Asimismo se invoca la STJUE 21 marzo 2013 (TJCE 2013, 93), que permite matizar la retroactividad de la declaración de nulidad mediante los criterios de buena fe y el orden público socioeconómico (si se produjeran graves trastornos en caso de devolver las cantidades pagadas en exceso, lo que se entiende podría ocurrir en España al verse afectado el sector bancario con tales obligaciones de restitución a gran escala, como defendía también el Ministerio Fiscal) y se citan sentencias del Tribunal Constitucional que limitan los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad, por exigencias del principio de seguridad jurídica. Doctrinalmente (así lo ha sustentado el también magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Orduña Moreno) se ha explicado la irretroactividad con base en una pretendida distinción, dentro de la categoría de la nulidad, entre la estructural y la funcional, que ha sido acogida en diversas resoluciones judiciales de Audiencias Provinciales que se han adherido a la tesis del Tribunal Supremo, adicionando este argumento. Según esta posición, en la contratación con condiciones generales, tanto el control de contenido (cláusulas abusivas) como el control de transparencia (cláusulas no comprensibles) no se presentan como criterios sancionadores de una nulidad contractual de carácter estructural (como sería la existencia de vicios en el consentimiento o la falta de forma, siendo ésta *ad solemnitatem*), sino como criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada peculiar, pero válida, práctica negocial. Esta ineficacia funcional derivada de la aplicación de principios como el de buena fe, justo equilibrio de las prestaciones y comprensibilidad real, no se regiría por el régimen típico de la nulidad del contrato. Así, en estos casos, el Juez puede valorar la posible retroactividad de la declaración de nulidad de acuerdo con los parámetros de la buena fe, el uso y la ley (los arts. 9.2º y 10.2º LCGC remiten a la interpretación integradora del art. 1258 CC) y, en extensión de la ley, el orden público económico. Según este planteamiento, cuando el Juez declara la nulidad funcional de una cláusula suelo de un préstamo hipotecario por falta de transparencia (no se trata de una cláusula ilícita en sí misma), dado que no se rige en sus efectos por el régimen típico de la nulidad, puede modular los efectos previstos en el art. 1303 CC. Han asumido esta forma de entender la declaración de nulidad de la cláusula suelo, a la que atribuyen sólo efectos devolutivos desde 9 de mayo de 2013, entre otras muchas, las SSAAPP Madrid 23 julio 2013 (JUR 2013, 307654), Cáceres 4 noviembre 2013 (JUR 2013, 349008), Vizcaya 25 septiembre 2014 (AC 2014, 2041) y León 18 noviembre 2014 (AC 2014, 2310) y 5 diciembre 2014 (AC 2014, 2287). Según algunas de ellas, no puede resolverse de otro modo habiendo establecido el Tribunal Supremo la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, toda vez que para la existencia de doctrina jurisprudencial no siempre es necesario que se hayan dictado dos o más sentencias en el mismo sentido, pues, tratándose de sentencia única, tienen singular valor las de Pleno. Además, no es relevante el tipo de acción ejercitada para defender una posición en este tema diferente de la del Tribunal Supremo porque el efecto restitutorio no está condicionado a la petición expresa del interesado,



sino que nace de la ley, de suerte que, en aquellos casos que proceda la aplicación del art. 1303 CC en toda su extensión, es indiferente que se haya formulado una acción colectiva o particular y que se haya instado expresamente la restitución retroactiva o no. Se vulneraría el principio de igualdad, que recoge el art. 14 CE, si se diera un trato diferente a los consumidores comprendidos en la STS 9 mayo 2013 y a los no afectados por dicha resolución, que serían de mejor condición, de reconocerles el efecto devolutivo *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo.

Por otra parte, se ha sostenido que no hay razones para excepcionar la regla general del art. 1303 CC, que consagra los efectos retroactivos de la declaración de nulidad contractual, es decir, la restitución de las prestaciones que las partes hubieran efectuado, con base en la cláusula que se declara nula, desde la perfección del contrato, lo que, en nuestro caso, conduciría a la devolución de los intereses que la parte apelante hubiese pagado por no rebajarse el tipo de interés del mínimo establecido en la escritura de préstamo hipotecario (el 3,5 o el 3%, según los casos), aunque en principio correspondiera uno más bajo, en virtud de la evolución de los mercados, por sumarse al tomado como índice de referencia la cantidad pactada. La misma conclusión habría que deducir de la aplicación del art. 8.1º LCGC, que acogería la regla *quod nullum est nullum effectum producit*. Diferentes resoluciones judiciales han reconocido efectos *ex tunc* a la declaración de nulidad de la cláusula suelo; sirvan de ejemplo, entre otras muchas, las SSAAPP Asturias 10 diciembre 2014 (AC 2014, 2356), 26 y 27 enero 2015 (AC 2015, 99 y AC 2015, 314, respectivamente), Jaén 10 octubre 2014 (AC 2014, 2299), Málaga 12 marzo 2014 (JUR 2014, 76962), Barcelona 16 diciembre 2013 (JUR 2014, 19672), Girona 2 octubre 2014 (AC 2014, 2045), Álava 10 diciembre 2014 (AC 2015, 43), así como los AAAP Barcelona 9 mayo y 9 octubre 2014 (AC 2014, 697 y AC 2014, 1984). Algunas de ellas defienden el argumento de que la solución por la que optó el Tribunal Supremo en la tan citada sentencia de 9 de mayo de 2013 entra en abierta contradicción con el Derecho europeo, que interpreta y aplica la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que obliga, en caso de que se declare abusiva una cláusula por un tribunal a "aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula". Otras, en cambio, sostienen que el criterio por el que optan no implica contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación, a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones.

También en los tribunales gallegos ha tenido reflejo esta diferente forma de entender los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, si bien ha de reconocerse que la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas sobre el particular han asumido la posición de la STS 9 mayo 2013. Así, se han pronunciado por los efectos devolutivos *ex nunc* numerosas sentencias de la sección 1º de la SAP Pontevedra, como las de 20 marzo 2014 (AC 2014, 1522), 17 noviembre 2014 (JUR 2015, 57640), 12 febrero 2015 (AC 2015, 337) y 12 marzo 2015 (JUR 2015, 100077) y las SSAAPP Lugo 15 enero y 4 febrero 2015 (JUR 2015, 68876 y 79845, respectivamente) y Ourense 1 diciembre 2014 (JUR 2015, 54558). También así se ha resuelto en las SSAP A Coruña 14 octubre 2014 (JUR 2015, 5048), 22 diciembre 2014 (JUR 2015, 46047) y 17 marzo 2015 (JUR 2015, 111259). Sin embargo, la sección 6ª de la AP de Pontevedra, comenzando con un auto de 29 mayo 2014, se ha pronunciado ya en varias ocasiones a favor de la aplicación del art. 1303 CC, es decir, ordenando la devolución de los intereses pagados en exceso por aplicación de la cláusula suelo desde la perfección del contrato.

En todo caso, al resolver este asunto en el seno de este tribunal de apelación no podemos dejar de atender actualmente a lo decidido por el Tribunal Supremo (Pleno de la Sala 1ª) en la reciente sentencia de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 735), que, aunque con votos particulares de dos magistrados discrepantes (Orduña Moreno y O'Callaghan Muñoz), se suma a la tesis de la irretroactividad ya sustentada en la de 9 de mayo de 2013. Según la citada resolución judicial, no resulta trascendente, a los efectos estudiados, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina aplicable para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable, cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato (falta de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información). Además, la afectación del orden público económico invocada para justificar la irretroactividad en la sentencia de 9 mayo 2013 se considera razón suficiente, pues "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".

En la actualidad, pues, ya no existen dudas sobre la existencia de doctrina jurisprudencial en torno a lo que se ha manifestado como una muy espinosa cuestión, pues la STS 25 marzo 2015 refrenda (sin añadir apenas nada) la tesis de la de 9 mayo 2013. Es cierto que técnicamente es difícil aceptar que el régimen de nulidad pergeñado por nuestro decimonónico Código Civil deba reservarse en la actualidad para cierto tipo de



nulidades, que se han denominado estructurales, quedando profundamente modulado para las funcionales, es decir, las declaradas con fundamento en la tutela de ciertos bienes jurídicos dignos de tal, como la protección de los consumidores, cuando se infrinjan determinadas normas, como las que ordenan la transparencia de las condiciones generales de la contratación. La primacía de la ley como fuente del ordenamiento jurídico ( art. 1.1º CC ), la inexistencia de norma legal alguna que excepcione el efecto restitutorio *ex tunc* del art. 1303 CC para la declaración de nulidad en estos casos (ni en la LCGC, ni en el TRLGDCU, ni en ningún otro texto legal), la imposibilidad de interpretar la normativa europea de protección de consumidores (fundamentalmente la Directiva 93/13) en contra de los intereses de éstos y la prohibición de integración judicial de los contratos cuando una cláusula sea declarada nula, en aplicación de la normativa de tutela de consumidores, lo que ha descartado abiertamente el TJUE en sentencia 14 junio 2012 (TJCE 2012, 143), son argumentos de peso para justificar el apego a los efectos clásicos de la nulidad, en cuanto a la restitución de las prestaciones de las partes. Sin embargo, tampoco es una situación sin precedentes en el Derecho español que las interpretaciones que hace de las normas legales, al aplicarlas, el Tribunal Supremo, se impongan sobre la literalidad de aquéllas, pese a que éste comúnmente admitido que la jurisprudencia no es, en sí misma, fuente del Derecho.

Por todo ello, entendemos que, aun siendo el asunto aun muy discutible, en su complejidad, dada la existencia de dos sentencias del Tribunal Supremo del mismo tenor, no podemos sino asumir el criterio de nuestro más Alto Tribunal y, desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirmar la resolución de instancia en cuanto proclama la irretroactividad de la devolución de intereses, de tal forma que la nulidad de las cláusulas suelo discutidas operará con efectos desde el 9 mayo 2013 y no con respecto a los pagos ya efectuados por la prestataria.

**CUARTO.** La complejidad de la cuestión jurídica suscitada, resuelta con criterios no coincidentes por las Audiencias Provinciales, justifica que no se haga condena sobre las costas de la alzada ( arts. 394 y 398 LEC ).

#### FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña el 29 de diciembre de 2014 , sin imposición de las costas procesales de esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer, en el plazo de veinte días, ante este Tribunal para la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.