



Roj: **SAP PO 29/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:29**

Id Cendoj: **36038370012017100010**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **01/01/2017**

Nº de Recurso: **433/2016**

Nº de Resolución: **8/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00008/2017

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36057 42 1 2015 0005674

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000433 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000304 /2015

Recurrente: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SAL

Procurador: MARIA PIÑEIRO PEÑA

Abogado: FERNANDO TORRES ALVAREZ

Recurrido: María Cristina , Elsa , Luis Antonio

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO , JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: PABLO ABALO IBARLUCEA, PABLO ABALO IBARLUCEA , PABLO ABALO IBARLUCEA

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 433/16

Asunto: Juicio Ordinario

Número: 304/15

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vigo

Ilmos. Sres. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER



D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM.8

En Pontevedra, uno de enero de dos mil diecisiete.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 433/16, dimanante de los autos de juicio ordinario incoados con el núm. 304/15 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vigo, siendo apelante la demandada "**BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.**", representada por la procuradora Sra. Piñeiro Peña y asistida por el letrado Sr. Torres Álvarez, y parte apelada los demandantes **DÑA. María Cristina , DÑA. Elsa y D. Luis Antonio , r** epresentados por el procurador Sr. Fandiño Carnero y asistidos por el letrado Sr. Abalo Ibarlucea. Es Ponente el magistrado Sr. **D. MANUEL ALMENAR BELENGUER.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 29 de febrero de 2016 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vigo, en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

*" ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda deducida por D^a. María Cristina , D^a. Elsa y D. Luis Antonio frente a BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SAU., DECLARO la nulidad de la cláusula "TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE: (...) En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al DOCE CON CINCUENTA POR CIENTO (12,50%) ni inferior al TRES CON CINCUENTA POR CIENTO (3,50%)." Incluida en contrato de préstamo celebrado entre las partes de fecha 04/04/2006; y CONDE **NO** a la demandada a devolver a la actora las cantidades que, por efecto de la citada disposición, se hubieren percibido desde el 04/04/2006; y con imposición de costas a la parte demandada "*

SEGUNDO .- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la entidad demandada se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2016 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se revoque parcialmente la de instancia en lo que se refiere a la condena expresa retroactiva de devolución de cantidades desde la perfección del contrato, procediendo únicamente desde el dictado de la sentencia o, en último extremo, desde el 09/05/2013, así como no imponiendo las costas de la instancia, con todos los demás pronunciamientos que en derecho correspondan.

TERCERO .- Del referido recurso se dio traslado a la parte demandante, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 21 de abril de 2016 y por el que interesaba que, previos los trámites legales, se dicte sentencia que confirme en todos sus términos la de instancia, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tras lo cual con fecha 27 de abril de 2016 se elevaron las actuaciones a la Sección 6^a de la Audiencia Provincial, la cual las devolvió a su procedencia al corresponder legalmente el conocimiento del asunto a la Sección 1^a, especializada en materia mercantil y a la que se elevaron nuevamente en fecha 23 de mayo de 2016, acordándose formar el oportuno rollo de apelación y designándose Ponente al magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO .- Al haberse dictado por la Sala 1^a del Tribunal Supremo Auto de fecha 12 de abril de 2016 en el que se acordaba la suspensión del recurso de casación en tanto se resolviese la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en relación con la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, esta Sección entendió procedente adoptar la misma decisión, quedando el procedimiento en suspenso hasta que, el pasado 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión dictó sentencia resolviendo la cuestión prejudicial planteada.

QUINTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **Planteamiento de la cuestión .**



El debate en la presente alzada, una vez consentida la declaración de nulidad de la cláusula de limitación a la baja de la variación del tipo de interés (cláusula "suelo" -aunque también se anula la cláusula en su vertiente de límite superior o "techo"-), se circunscribe a determinar las siguientes cuestiones:

a) en primer lugar, cuales son los efectos derivados de dicha declaración, y, más concretamente, la fecha a la que se retrotrae la nulidad, esto es, si debe estarse al momento de celebración del contrato -como interesa la parte demandante y acuerda la sentencia-, a la fecha de publicación de la primera de las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que acordó la nulidad por falta de transparencia, o, finalmente, a la de la sentencia del Juzgado en que se declara específicamente la nulidad de la cláusula incorporada al contrato de préstamo celebrado entre ambas partes -como sostiene la entidad demandada-; y,

b) en segundo lugar, vinculada a la anterior, el pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales.

La parte demandante interesó en la demanda, además de la nulidad de la cláusula y como consecuencia de la misma, la condena de la entidad financiera a " *restituir a la parte actora aquellas cantidades que la demandada hubiese percibido con la aplicación de los límites objeto de anulación, desde la fecha 4 de Abril de 2006 hasta su completo pago, a determinar en período probatorio, con los intereses legales correspondientes* ".

La entidad demandada "Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U." se opuso a la demanda rechazando la nulidad de la cláusula por las razones que se exponen en su escrito. Subsidiariamente, alegó que la declaración de nulidad tendría, en su caso, efectos " *ex nunc* ", a partir de la sentencia en que se así se acordase, sin afectar a los pagos ya efectuados.

La sentencia declara la nulidad de la cláusula discutida y, en su fundamento de derecho quinto, concluye que dicha nulidad conlleva los efectos que para el régimen de invalidez se establecen en el art. 1303 del Código Civil, por lo que la anulación de la cláusula ha de tener efectos " *ex tunc* ", es decir, desde el nacimiento del contrato, sin que sea de aplicación la doctrina sentada en la citada sentencia nº 241/2013 al no existir identidad de razón, ya que en el caso examinado en dicha resolución se ejercitaba una acción de cesación, con lo que sus efectos habrían de referirse a una pluralidad indeterminada de casos, mientras que en el supuesto enjuiciado se trata de una acción de nulidad concreta e individual, sin que tampoco se comparta la doctrina expuesta en la sentencia nº 139/2015, de 25 de marzo, que declara la irretroactividad de la nulidad de la cláusula respecto de los pagos realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, por entender, en la línea apuntada por el voto particular formulado a aquella sentencia, que tal interpretación entraña una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declara nula por abusiva, expresamente prohibida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, la sentencia estima íntegramente la demanda y condena a la demandada al pago de las costas del procedimiento.

Disconforme con los pronunciamientos sobre la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad y sobre la condena al pago de las costas procesales, la entidad de crédito demandada interpone recurso de apelación, invocando los límites que ha establecido nuestra jurisprudencia en relación a los efectos de la declaración de nulidad en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 13 de mayo, y 139/2015, de 25 de marzo, que han sido seguidas por la mayoría de las Audiencias Provinciales.

SEGUNDO.- Sobre la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula "suelo".

Cualquiera que fuera el parecer de los miembros de esta Sala sobre la cuestión controvertida y sin perjuicio de reconocer la existencia de argumentos sólidos en favor de las diferentes posiciones adoptadas, lo cierto es que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada el pasado 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., C-307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C-308/15, Banco Popular Español, S.A./ Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu Sentencia (ECLI: EU:C:2016:980), ha clarificado, de forma definitiva, el debate sobre el momento a partir del cual despliega sus efectos la nulidad de las cláusulas que se declaran abusivas en contratos celebrados entre profesionales y **consumidores**, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

La mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016 establece:

" 61. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al **consumidor**. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el **consumidor** de no haber existido dicha cláusula.



62. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

(...)

66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el **consumidor** de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del **consumidor** en virtud de la cláusula abusiva.

(...)

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70). "

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve así, de forma clara y contundente, que no cabe limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad sin contravenir el Derecho comunitario, fijando una doctrina jurisprudencial que se superpone a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al versar sobre la aplicación del Derecho comunitario, tal y como se prevé en el Tratado de la Unión Europea y recoge ahora de forma expresa el art. 4 bis LOPJ, tras la reforma llevada a cabo por LO 7/2015, de 7 de junio, al disponer que:

" 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. "

En consecuencia, el motivo debe ser rechazado.

TERCERO.- La condena al pago de las costas procesales. Doctrina legal y jurisprudencial. El art. 394 LEC .

El art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "[E]n los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho ". Y el párrafo 2º del mismo apartado señala que "[P]ara apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares ".

Para los supuestos de estimación parcial, el art, 394.2 prevé que " cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad ".

El legislador optó, pues, por mantener el principio objetivo del vencimiento, introducido en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por la reforma de 1984, en lugar del subjetivo de la culpa o de la temeridad, que caracterizó nuestro derecho histórico y que ahora se contempla únicamente como mecanismo justificativo de la condena al pago de las costas en los supuestos de estimación parcial.

Así pues, las costas se han de imponer en todo caso al vencido, prescindiendo de que en su actuación haya habido temeridad o mala fe. Es una forma de reconocer al vencedor el derecho discutido en su integridad, sin tener que hacer frente a los costes que le ha ocasionado dicho vencimiento.

Pero al propio tiempo, con la finalidad de evitar que la aplicación acrítica de este principio pudiera conducir a resultados injustos en atención a las circunstancias fácticas o jurídicas del caso concreto, el legislador introdujo como excepción el supuesto de que el tribunal apreciara la existencia de serias dudas de hecho o derecho que, de alguna manera, pudieran justificar la posición inicialmente sostenida por la parte demandante o demandada, a pesar de que, debido a la prueba practicada o a la selección, interpretación y aplicación de la norma por el juez, finalmente sus pretensiones hubiesen sido rechazadas. Y, paralelamente, la jurisprudencia ha matizado el concepto de " estimación íntegra ", equiparándolo a efectos del art. 394.1 con el de " estimación sustancial ".

Las consideraciones expuestas conducen a la desestimación del segundo motivo de recurso.



En el caso que nos ocupa, el actor ejercita dos acciones: una acción individual de nulidad de una cláusula contractual por abusiva (en realidad, por falta de transparencia) y una segunda acción en reclamación de cantidad por los intereses percibidos en exceso por la demandada como consecuencia de la aplicación de la citada cláusula (en puridad, esta última acción debería resultar redundante porque el art. 1303 CC ha de aplicarse de oficio por el tribunal).

Ambas acciones son estimadas en su integridad, y, aunque es verdad que la cuestión sobre la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad no ha sido pacífica hasta la fecha, no lo es menos que la demandada no limitó su oposición a este punto, sino que instó la desestimación plena de la demanda negando la procedencia de la nulidad de la cláusula y, para el caso de que así se acordase, solicitó expresamente que no se hiciese con carácter retroactivo, sino con efectos a partir de la propia sentencia, en franca contradicción con la tesis mantenida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en las sentencias nº 241/2013 y nº 139/2015, ambas anteriores al escrito de contestación a la demanda, por lo que nos hallamos ante una estimación total sin que en el planteamiento de la demandada se aprecien extremos susceptibles de generar dudas jurídicas sobre la viabilidad de su oposición, por lo que resulta de aplicación en sus propios términos el art. 394.1 LEC y, por ende, la condena al pago de las costas procesales.

CUARTO.- Costas procesales .

No obstante desestimarse el recurso, teniendo en cuenta que el mismo se fundamenta en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las dos sentencias apuntadas (y a las que cabría añadir la sentencia nº 705/2015, de 23 de diciembre), la Sala considera que, en aplicación del art. 398 en relación con el art. 394 LEC, concurren serias dudas de derecho que justifican excepcionar el principio objetivo del vencimiento

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

LA SAL

FALL

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Piñeiro Pena, en nombre y representación de "Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vigo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad

Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en esta alzada, siendo las comunes por mitad

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen