



Roj: **SAP OU 6/2017 - ECLI:ES:APOU:2017:6**

Id Cendoj: **32054370012017100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2017**

Nº de Recurso: **11/2016**

Nº de Resolución: **12/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00012/2017

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

ML

N.I.G. 32054 42 1 2015 0001523

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000011 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de OURENSE

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000238 /2015

Recurrente: BANCO PASTOR SAU

Procurador: MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Illmas. Sras. Magistradas Dña. Dña. Josefa Otero Seivane, Presidente, Dña. María José González Movilla y Dña. María Purificación Pérez Lorenzo, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM.12/2017

En la ciudad de Ourense a veinte de enero de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 238/2015 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, Rollo de Apelación núm. 11/2016, entre partes, como apelante, Banco Pastor SAU, representado por la procuradora Dña. María Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección de la letrada Dña. María José Cosmea Rodríguez, y, como apelados, D. Rodolfo y Dña. Genoveva, representados por la procuradora Dña. María José Conde González, bajo la dirección del abogado D. Jesús Garriga Domínguez.



Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Josefa Otero Seivane.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 29 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando íntegra de la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales Dña. María José Conde González en la representación acreditada de Dña. Genoveva y D. Rodolfo frente a Banco Popular Español SA, y en virtud de la misma, se declara: 1.- La nulidad, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración de la cláusula PRIMERA 3.3 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 23 de febrero de 2005 en lo relativo al establecimiento de un límite mínimo al tipo de interés variable y cuyo tenor es el siguiente: "Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del tres como veinticinco por ciento".- 2.- Se condena a la entidad a eliminar dicha condición general de la contratación del préstamo hipotecario a interés variable suscrito entre las partes.- 3.- Se condena a la entidad demandada a reintegrar a los actores la cantidad de 3.4448,04, euros, cobrados de más a fecha de demanda, así como todas aquellas cantidades que los actores paguen de más por aplicación de la misma hasta que la misma se deje de aplicar por ejecución de la sentencia que se dicte. Todo ello con condena al pago del interés legal.- 4.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de Banco Pastor SAU recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de los demandantes, D. Rodolfo y Dña. Genoveva, y seguido el indicado recurso de apelación por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad demandada, Banco Popular Español SA, se alza en apelación solicitando, con carácter principal, el archivo de las actuaciones por litispendencia. Subsidiariamente, pide la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora. Cuatro son los motivos en que se funda el recurso: el primero insiste en el acogimiento de la excepción de litispendencia rechazada en la sentencia del juzgado; el segundo versa sobre error en la valoración de la prueba; el tercero rechaza la retroactividad admitida por el juzgado respecto a la declaración de nulidad de la cláusula suelo objeto de litis; el cuarto tiene por objeto la condena en costas impuesta por el juzgado.

El recurso es idéntico en su planteamiento a otros supuestos de cláusulas análogas sometidos a la consideración de la Sala por lo que también ha de ser idéntica la decisión que se adopte.

La excepción de litispendencia se basa en el juicio ordinario 471/10 seguido en el juzgado de lo mercantil nº 11 de los de Madrid sobre demanda interpuesta por la Asociación de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE), frente a la apelante y otras entidades financieras en ejercicio de acción colectiva de cesación de condición general de la contratación y de acciones individuales accesorias de contenido indemnizatorio.

La Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra del acogimiento de la excepción al analizar supuesto análogos al aquí enjuiciado. Así, sentencia de 22 mayo 2014 (rollo 278-13), donde se razona: "La cuestión ha sido estudiada y resuelta en sentido negativo, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de junio de 2010, al señalar: "El alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los **consumidores**". Partiendo de tales dificultades, la referida sentencia considera que los requisitos tradicionales para que concurra la litispendencia, en particular, la identidad subjetiva, deben ponderarse a la vista del régimen que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en esta materia. El artículo 11.2 de dicha Ley establece que "cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de **consumidores** o usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinable, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de **consumidores** o usuarios, a las entidades



legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados". Podría sostenerse que, según el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido **consumidores** del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados (artículo 15.3 de la LEC) que, aunque no se personen podrán hacer valer sus derechos e intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la propia Ley. La Sala entiende, no obstante, que si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la Ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los **consumidores** y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente, pues sólo así tiene sentido el artículo 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Concluye la sentencia que "en caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los **consumidores**, hay que entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquélla haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de **consumidores** concretos debe determinarse en función de los sujetos perjudicados a quienes se concreta el ejercicio de la acción". En definitiva, si una sentencia que resuelve acciones colectivas no contiene pronunciamientos que dispongan que la declaración de nulidad produce efectos no limitados a quienes hayan sido parte, no existe ni cosa juzgada ni litispendencia respecto de quienes habiendo participado en ese procedimiento, ejercitan una acción individual. Por todo ello y aun admitiendo las serias dudas jurídicas que la doctrina sentada por la sentencia referida ocasiona, esta Sala se decanta por la corriente doctrinal que considera que no concurre la excepción de litispendencia en el presente supuesto. Algunas resoluciones han apreciado, ante el ejercicio de acciones colectivas la litispendencia impropia o, directamente, prejudicialidad conforme al art. 43 de la Ley Procesal en procedimientos en que se ejercita individualmente la acción que impugna cláusulas como la de litis; pero esta litispendencia impropia es más discutible porque las acciones colectiva e individual, aún previstas en el mismo texto legal, se sujetan a regímenes jurídicos diferentes, como ocurre con la imprescriptibilidad de las colectivas prevista en el artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . También es diversa la legitimación pero su ejercicio, que el art. 16 de dicha norma limita considerablemente en el caso de la acción colectiva. Su finalidad tampoco es coincidente, pues en el caso de las acciones de cesación no es restitutoria y, finalmente, la propia ley ha establecido distinta eficacia a los pronunciamientos que recaigan según los artículos 2.2 y 8 de la misma Ley . En definitiva, el riesgo de declarar esta litispendencia impropia es la eventual vulneración del artículo 24 de la Constitución , al privar del ejercicio de una acción, supeditándola a una colectiva en la que no se participa y puede no llegar a afectar al demandante de manera individual".

En consecuencia, procede el rechazo del motivo analizado.

SEGUNDO.- Idéntica suerte desestimatoria merece la denuncia sobre error en la valoración de la prueba, segundo motivo del recurso. La resolución apelada analiza la cláusula suelo cuestionada tomando como base la jurisprudencia sobre el particular para concluir su carácter abusivo, en criterio que la Sala comparte y hace suyo sin necesidad de insistir en los argumentos contenidos en aquella sentencia frente a los cuales la parte apelante se limita a manifestar su opinión contraria sin proporcionar razones que pudieran evidenciar el error denunciado.

Esta Sala se ha pronunciado también de modo reiterado (por todas, sentencia recaída en el rollo de Sala 122/15) sobre cláusulas sustancialmente idénticas al analizar contratos de préstamo suscritos entre la entidad apelante y **consumidores** tras un examen del doble control de transparencia impuesto por la jurisprudencia en relación con las condiciones generales de la contratación (SSTS 464/2014 de 8 de septiembre , 9 de mayo de 2013 , 138/2015 de 24 de marzo y 705/2015 de 23 de diciembre), concluyendo que tales cláusulas no superaban el indicado doble control al no permitir a los prestatarios una real comprensión de la trascendencia económica de la operación concertada, ello sobre la base de la doctrina y parámetros tomados en consideración por el Alto Tribunal.

TERCERO.- En lo que atañe al tercer motivo del recurso, la apelante reprocha la retroactividad total que la sentencia apelada reconoce a la declaración de nulidad de la cláusula suelo. La cuestión ha sido abordada y resuelta por esta Sala en reiteradas resoluciones ateniéndose a la doctrina fijada en la STS de 9 de mayo



de 2013. Así, Sentencias de 1 de diciembre de 2014, 31 de octubre de 2014, 24 de septiembre de 2014, 28 de julio de 2014 y 22 de mayo de 2014 donde se razona "el TS, en principio señala que "como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos o alguna 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 los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quodnullumest, nullumeffectumproducit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1.303 de 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 disponga en los artículos siguientes". No obstante, a continuación rechaza la eficacia retroactiva, que es la norma general, en base a razones de seguridad jurídica y atendiendo a que la nulidad no se basa en la ilicitud intrínseca de las cláusulas suelo sino en su falta de transparencia; a que su inclusión en los contratos de préstamo a interés variable obedeció a razones objetivas y a que no son inusuales o extravagantes y a que se toleraron durante largo tiempo y a que la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna sino de insuficiencia de información, limitando por ello los efectos retroactivos de la sentencia al declarar que la misma 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 publicación de la sentencia. Considera así el TS 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, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico a las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pone coto a los efectos absolutos, inevitable y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que las 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". De esta forma denegó la eficacia retroactiva a la nulidad, entendiendo que la facultad de decretarlo así cuenta con el respaldo del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando concurren dos requisitos: buena fe en los círculos interesados y riesgo de trastornos graves, entendiendo que dichos requisitos concurren en los supuesto resueltos aplicando al caso la doctrina expuesta ha de concluirse que la nulidad de la cláusula estudiada no autoriza a exigir que se revise la liquidación de la cuenta asociada al préstamo desde su inicio ni a que se devuelvan las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación".

La STS 139/2015 de 25 de marzo ratificó la doctrina mantenida en la STS de 9 de mayo de 2013 en los siguientes términos: "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 ". De esta forma el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y reparación, como era la planteada en la demanda resuelta por la Sentencia 139/2015, la solución adoptada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 respecto a las acciones colectivas de cesación. Acogía, pues, una retroactividad de grado medio en doctrina aceptada por esta Sala atendiendo al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 CC atribuye a dicho Tribunal al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

CUARTO.- Tal doctrina ha de entenderse superada por la mantenida por el Tribunal De Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en la ya célebre sentencia de 21 de diciembre de 2016, dictada con motivo de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante respecto a la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. El Tribunal De Justicia de la Unión Europea efectúa una serie de consideraciones que, por su interés al caso, son de imprescindible reproducción:

"53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al **consumidor**, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *AsbeekBrusse* y de *Man Garabito*, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 44).

55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).



56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los **consumidores**, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y **consumidores**» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

57 Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el **consumidor**, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

58 En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el **consumidor** y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

59 En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el **consumidor**, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, Jorös, C 397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).

60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los **consumidores** (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

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.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los **consumidores**.

64 Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los **consumidores** «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).

65 No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los **consumidores** no puede modificar la amplitud de tal protección ni, por tanto, su contenido sustancial, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del **consumidor**, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.

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".

QUINTO.- El TJUE rechaza la conclusión a la que llega la STS de 9 de mayo de 2013 en los siguientes términos:



"70 No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal como es un plazo razonable de prescripción de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193 , apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42 , apartado 13).

71 Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los **consumidores**.

72 Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , equivale a privar con carácter general a todo **consumidor** que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , sólo permite garantizar una protección limitada a los **consumidores** que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164 , apartado 60).

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).

75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un **consumidor** por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) concluye declarando: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un **consumidor** por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión"

A la luz de la anterior declaración y doctrina no cabe sino mantener el criterio de la sentencia apelada, con el consiguiente rechazo del motivo ahora analizado.

SEXTO.- El artículo 394.1 LEC dispone: "En 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. Para apreciarla, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares".

En el supuesto que nos ocupa nos encontramos ante una cuestión jurídicamente dudosa, como queda evidenciado con los distintos criterios jurisprudenciales que se dejan expuestos, lo que lleva a no efectuar expresa imposición de las costas de la instancia, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 394 LEC . Ello determina la estimación del último motivo del recurso y, en consecuencia, el mismo pronunciamiento respecto a las costas de la alzada (artículo 398 LEC), así como la devolución del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Rodolfo y Dña. Genoveva contra la sentencia dictada el 29 de octubre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense en autos de juicio ordinario 238/2015 -rollo de Sala 11/2016-, resolución que se modifica en el único extremo de no efectuar expresa imposición de las costas de la instancia, al igual que no se efectúa respecto a las devengadas en la alzada.

Se decreta la devolución del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.