



Roj: **SAP CC 787/2017 - ECLI:ES:APCC:2017:787**

Id Cendoj: **10037370012017100499**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **630/2017**

Nº de Resolución: **495/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00495/2017

Modelo: N10250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

Equipo/usuario: AMD

N.I.G. 10037 41 1 2017 0001327

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000630 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de CACERES

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000199 /2017

Recurrente: Casilda , Dionisio

Procurador: MARIA VANESSA RAMIREZ-CARDENAS FERNANDEZ DE AREVAL, MARIA VANESSA RAMIREZ-CARDENAS FERNANDEZ DE AREVAL

Abogado: ANTONIO MANUEL BARRAGAN LANCHARRO, ANTONIO MANUEL BARRAGAN LANCHARRO

Recurrido: LIBERBANK SA

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: RAFAEL BASCON ARJONA

S E N T E N C I A NÚM. 495/17

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE :

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS :

DON ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO =

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =



Rollo de Apelación núm. 630/17 =

Autos núm. 199/17 (Juicio Ordinario-Contratación) =

Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a once de octubre de dos mil diecisiete.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario-Contratación núm. 199/17 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Cáceres, siendo parte apelante los demandantes, **DOÑA Casilda y DON Dionisio**, representados tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los tribunales Sra. Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo, viniendo defendidos por el Letrado Sr. Barragán Lancharro, y siendo parte apelada la mercantil demandada, **LIBERBANK, S.A.**, representada tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los tribunales Sra. Simón Acosta, viniendo defendida por el Letrado Sr. Bascón Arjona.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Cáceres, en los Autos núm. 199/17, se dictó sentencia en fecha 11 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"FALLO: Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada por MARÍA VANESSA RAMÍREZ-CÁRDENAS y FERNÁNDEZ DE ARÉVALO, Procurador de los Tribunales y de doña Casilda, y de don Dionisio frente a LIBERBANK representado por el Procurador de los Tribunales D^a. PILAR SIMON ACOSTA, al concurrir la excepción de COSA **JUZGADA**.*

Con expresa imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación procesal de los demandantes se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO .- La representación procesal de la mercantil demandada presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario. Seguidamente se remitieron los autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

CUARTO .- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día diez de octubre de dos mil diecisiete, quedando los autos para dictar resolución en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C. .

QUINTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- En el escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió por la representación procesal de, D^a Casilda y don Dionisio, demanda de JUICIO ORDINARIO, con el siguiente suplico:

"se condene a LIBERBANK SA, en base al pronunciamiento de nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo del 7% que estaba contenida en la póliza de préstamo personal intervenida con el número 737 el 1 de diciembre de 2008 ante el Notario de Cáceres don Alberto Sáenz de Santa María Viema y que así se ordenó en la parte dispositiva de la Sentencia 271/2016 de 4 de noviembre del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cáceres, Autos de Procedimiento Ordinario 564/2016, a: 1) Recalcular las cuotas de dicho préstamo desde la primera vez en la que se aplicó la cláusula suelo hasta el 9 de mayo de 2013, aplicando en cada periodo de revisión el interés variable Euribor más 2'50% contenida en dicho contrato. 2) Reintegrar a la parte actora las cantidades que la entidad bancaria le hubiera cobrado de más por la aplicación de la cláusula suelo en el anterior margen temporal (hasta el 9 de mayo de 2013), con aplicación del interés legal correspondiente, conforme a las bases de cálculo expuestas en los Fundamentos de Derecho. Se declare la nulidad por abusiva de la cláusula de interés moratorio del 18% y



que consta contenida en la póliza de préstamo personal intervenida con el número 737 el 1 de diciembre de 2008 ante el Notario de Cáceres don Alberto Sáenz de Santa María Vierna. Se condene a la demandada a estar y a pasar por la anterior declaración, con eliminación de la misma del contrato. Se declare nula por abusiva la condición general de la contratación inserta en el epígrafe 4o que dice: «Reclamación de posiciones deudoras: En concepto de gestión por reclamación efectuada de posiciones deudoras impagadas a sus respectivos vencimientos, la Caja percibirá por una sola vez, en caso de producirse efectivamente la reclamación por cualquier medio, la cantidad referida en el apartado J) de las condiciones particulares, por cada recibo de amortización, intereses y/o comisiones impagado que se produzca». Consta que dicho apartado J que el importe es 30€, y que consta contenida en la póliza de préstamo personal intervenida con el número 737 el 1 de diciembre de 2008 ante el Notario de Cáceres don Alberto Sáenz de Santa María Vierna. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."

Y se dictó sentencia, desestimando la demanda, absolviendo a la demandada y con imposición de costas a la actora, "al concurrir la excepción de cosa **juzgada**".

Disconformes los demandantes, se formula recurso de apelación alegando, en síntesis:

1º.- Error en la valoración de la prueba en lo referente a la cosa **juzgada**, con infracción del artículo 222 en relación con el artículo 400 de la LEC .

2º.- Y de forma subsidiaria, en el caso improbable de desestimarse el único motivo, se interesa que se revise el pronunciamiento de condena en costas por concurrir serias dudas de derecho.

La apelada interesa la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Entrando en el primer motivo de apelación, es decir, el denunciado error en la valoración de la prueba en lo referente a la cosa **juzgada**, con infracción del artículo 222 en relación con el artículo 400 de la LEC , debemos recordar que como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985 , 13 de junio de 1986 , 13 de mayo de 1987 , 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que "la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de, en este caso quien impugna la expresada valoración.

Ciertamente, el recurso de apelación tiene un carácter ordinario y, por ende, puede oponerse cualquier motivo de impugnación, incluida la errónea valoración probatoria con plenitud de cognición, sin que a tal efecto sea obstáculo el principio de inmediación pues, a la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de 7 de enero, dicha inmediación también la ostenta el tribunal de apelación a través del soporte audiovisual donde deben recogerse y documentarse los juicios y vistas orales en los que se practica la prueba en primera instancia, de manera que el órgano de apelación puede apreciar directamente la práctica de todas las pruebas e incluso la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el recurso de apelación es un recurso ordinario "que permite una plena cognición de la Audiencia Provincial con competencias plenas en la valoración de la prueba" (sentencias de 21 de diciembre de 2009 y 22-11-12).

En todo caso, no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos".



Por otra parte también es preciso recordar que la cosa **juzgada** material es la vinculación que el efecto jurídico declarado en una sentencia firme produce en otro proceso posterior. Entendida la cosa **juzgada** como la permanencia en el tiempo de la eficacia procesal de la decisión judicial, se deduce ser función primordial del referido instituto la obtención de la seguridad y certeza jurídica. Se consigue así, en definitiva, que las decisiones de los jueces sobre los derechos de los ciudadanos queden permanentemente eficaces en el tiempo, de suerte que no pueden ser atacadas ni contradichas en posteriores decisiones de órganos judiciales. La cosa **juzgada**, en definitiva, es vínculo de naturaleza jurídico- pública que obliga a los jueces a no juzgar otra vez lo que ya han decidido con anterioridad.

El artículo 222 de la LEC establece que "La cosa **juzgada** de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo."

Para que la cosa **juzgada** produzca sus efectos tienen que ocurrir determinados presupuestos: subjetivos y objetivos. En definitiva, como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1995, "la situación de cosa **juzgada** material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento".

Analizados los dos procedimientos, vamos a comprobar si se da la triple identidad, a la que antes aludimos, justificativa de la cosa **juzgada**.

En el plano de los límites subjetivos, se hace referencia a que la cosa **juzgada** despliega su eficacia únicamente entre quienes hayan sido parte del proceso en que se dictó la correspondiente sentencia, de manera que la vinculación negativa o positiva de la cosa **juzgada** solamente opera si las partes de los distintos procesos son las mismas. El artículo 222.3 de la LEC establece que "La cosa **juzgada** afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes...". Es evidente que en este caso hay una clara coincidencia de las partes en ambos procesos.

En cuanto al límite objetivo de la cosa **juzgada**, se hace referencia aquí a la concreta cuestión sustantiva sometida a litigio. En tal sentido, la cosa **juzgada** deriva de la declaración contenida en la parte dispositiva de la sentencia al resolver (para conceder o denegar) la concreta tutela jurídica pedida, aunque modernamente se ha permitido la extensión de la cosa **juzgada** respecto de la razón decisoria contenida en el cuerpo de la sentencia.

Una vez delimitado el ámbito objetivo de la cosa **juzgada** cabe examinar cuando se da la identidad entre lo resuelto en el anterior proceso (res iudicata) y lo que se está juzgando en el proceso en el que se hace valer la cosa **juzgada** (res iudicanda). El derecho hecho valer en juicio se individualiza en los tres elementos conocidos: sujetos, petitum y causa petendi.

En cuanto al petitum, hace referencia a la concreta tutela jurídica que se pidió, concedió o denegó, debiendo ser interpretada la identidad no bajo un criterio rígido absoluto sino teniendo en cuenta lo que constituye propiamente "lo juzgado" en relación a la cosa **juzgada** implícita y la máxima según la cual la cosa **juzgada** puede cubrir lo deducido y deducible, aportaciones todas de la moderna doctrina procesalista.

En línea con lo expuesto, y teniendo en cuenta el concepto moderno que maneja la actual doctrina procesalista de la "causa petendi" como "conjunto de hechos concretos a cuya existencia subordina la norma objetiva la producción de ciertos efectos jurídicos y el vencimiento de la exigencia para el sujeto de dirigirse al Juez para obtener del órgano estatal aquella forma de tutela que de otra manera no podría conseguir"(MICHELI), o, en otras palabras, "situación de hecho jurídicamente relevante y susceptibles por tanto de recibir la tutela jurídica solicitada"(TAPIA FERNANDEZ), tesis, en algún modo, superadoras de las clásicas y encorsetadas teorías de la individualización o teoría de la sustanciación, cabe afirmar no asumible la tesis reduccionista referente a que la causa de pedir la configure sólo el supuesto de hecho (teoría de la sustanciación) o solo elemento jurídico (teoría de la individualización) o solo la concreta norma jurídica invocada o el nombre de acción que se ejercita.

La jurisprudencia, configura la causa de pedir en el hecho jurídico o título que sirva de base al derecho reclamado, es decir, en el fundamento o razón de pedir y no en la acción ejercitada, que constituye una mera modalidad procesal indispensable para lograr su efectividad ante los tribunales (Sentencia de 31 de Marzo de 1992).

La LEC se ha abierto a las nuevas tendencias expresadas, acogiendo el "concepto amplio"referido, al establecer en el artículo 222.4 que "Lo resuelto con fuerza de cosa **juzgada** en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa **juzgada** se extienda a ellos por disposición legal."



Pues bien, en el caso de autos conviene recordar que cuando se presentó la demanda que solicitó la nulidad de la cláusula suelo que constaba en su escritura de préstamo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante la Sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, y el punto 4º del fallo, estableció la retroactividad hasta el 9 de mayo de 2013 y que dicho criterio como es público y notorio, ha sido rectificado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha resuelto las cuestiones prejudiciales 054/15, 307/2015 y 308/16 el pasado 21 de diciembre de 2016.

Con posterioridad a esa decisión, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia 123/2017 de 24 de febrero de 2017 en la que ha variado su jurisprudencia, modificando los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

La demandante y ahora recurrente refiere haber reclamado a la demandada la restitución de las cantidades cobradas en exceso anteriores a 2013 en base a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, así como la supresión de otras cláusulas abusivas, como reclamación de posiciones deudoras e intereses moratorios.

La sentencia recurrida considera que todas las pretensiones de la actora están afectadas por la cosa **juzgada**, tanto la reclamación de cantidad dirigida a la reintegración de todas las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria demandada por aplicación de la cláusula suelo desde la fecha del préstamo hasta aquella en que se operó la retroactividad en el proceso precedente, como las pretensiones encaminadas a la supresión de otras cláusulas abusivas, como reclamación de posiciones deudoras e intereses moratorios, pues pudieron hacerse valer en el previo proceso.

Pues bien, debemos poner de manifiesto el importante auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, que aunque dictado en el ámbito de un recurso de revisión, tiene a nuestro juicio un enorme interés para litigios como el presente. En tal resolución el Alto Tribunal señala lo siguiente: "Una sentencia posterior no tiene la consideración de «documento recobrado» en el que pueda fundarse una demanda de revisión 1.- La cuestión que se plantea en la presente demanda de revisión no es nueva para esta sala, aunque sí es la primera vez que se plantea con relación a los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo declarada nula por no superar el control de transparencia y las consecuencias que pueden atribuirse a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 21 de diciembre de 2016 respecto de los litigios terminados por sentencia firme. (...). Se añade en cuanto a los efectos de una sentencia del TJUE posterior a la sentencia cuya revisión se insta que que: "La sentencia 81/2016, de 18 de febrero, dictada en la revisión núm. 67/2013, se pronunció sobre los efectos que en un proceso de revisión podían atribuirse a una sentencia del TJUE en la que se estableciera una doctrina incompatible con la sentada en una sentencia anterior dictada por esta sala y que, por tanto, obligara a modificar la jurisprudencia que hasta ese momento se hubiera seguido sobre esa materia. Por tanto, ya nos hemos pronunciado sobre la cuestión que se plantea en la presente demanda de revisión. 2.- En esa sentencia de referencia, declaramos que una sentencia del TJUE de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se insta no es un documento que permita la revisión de una sentencia firme conforme al art. 510.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que ha de prevalecer el efecto de cosa **juzgada** de la sentencia firme dictada con anterioridad. 3.- La sentencia analiza la doctrina del TJUE sobre esta materia, del siguiente modo: « CUARTO.- La posibilidad de revisión de una sentencia firme a consecuencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha posterior. » 1.- Este problema ha sido sometido a consideración del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, generalmente mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales nacionales. El primer pronunciamiento del Tribunal Europeo tuvo lugar en la sentencia de 13 de enero de 2004 (C-453/00), caso Kühne & Heitz. La cuestión de fondo se refería a la posibilidad de revisar un acto administrativo firme (de naturaleza tributaria) como consecuencia de una sentencia posterior del TJUE, concretamente, la sentencia del caso Voogd Vleesimport en -export, C-151/93. La respuesta del TJUE fue afirmativa, siempre y cuando la legislación nacional permita tal revisión de un acto administrativo firme. Esta doctrina fue reiterada en dos casos similares, en las sentencias de 12 de febrero de 2008, asunto C-2/06, caso Kempfer, y 13 de marzo de 2008, asunto C-383/06, caso Vereniging. » 2.- Por el contrario, cuando se trató de revisar una sentencia firme, el Tribunal, en la sentencia de 16 de marzo de 2006, asunto C-234/04, caso Kapferer, sostuvo, tras resaltar la importancia de la cosa **juzgada** en un sistema presidido por el valor de la seguridad jurídica, que el Derecho comunitario no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está prevista en la normativa procesal nacional (como sucedía en el país del que provenía el asunto, Austria). Al mismo tiempo, recordó que las legislaciones procesales internas deben respetar los principios de equivalencia y efectividad. » 3.- La sentencia de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, caso Olimpiclub, no trató propiamente la posibilidad de revisar una sentencia firme, sino la extensión de la cosa **juzgada** a casos posteriores, prevista en el Derecho italiano en un régimen similar al de la cosa **juzgada** positiva o prejudicial del Derecho español. No obstante, en dicha sentencia afirma textualmente: »"22. A este respecto, procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa **juzgada**. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las



resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos (sentencias de 30 de septiembre de 2003, Kóbler, C- 224/01 , Rec. p. 1-10239, apartado 38, y de 16 de marzo de 2006, Kapferer, C-234/04 , Rec. p. 1-2585, apartado 20). »23. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa **juzgada** a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión (véase la sentencia Kapferer, antes citada, apartado 21)". » 4.- De lo expuesto, cabe concluir que la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español.» 4.- En esa misma sentencia, declaramos también que el ordenamiento jurídico español no contiene una previsión legal que permita revisar una sentencia firme porque con posterioridad se haya dictado por el TJUE una sentencia que sea incompatible con la sentencia nacional devenida firme. Sobre esta cuestión, afirmamos: «5.- En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del art. 510 LEC , en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE.» 5.- En efecto, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, reformó el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e incluyó un apartado 2, en el que se establece: «Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.» 6.- Esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil es simultánea a la introducción de un art. 5 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial , que dispone: «Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.» 7.- La justificación de la reforma legislativa se contiene en el preámbulo de la citada Ley Orgánica 7/2015, en el que se afirma: «Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso "a quo". Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución .» 8.- Según la citada sentencia 81/2016 , no cabe la extensión de esta posibilidad de revisión a los supuestos en que la sentencia no haya sido dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino por el TJUE, no solo porque el legislador, pese a poder haberlo hecho, no ha previsto tal posibilidad, sino también porque la justificación de la reforma radica en la salvaguarda de los derechos fundamentales, único supuesto en que parecería razonable una excepción al principio de la cosa **juzgada**, tan importante para el correcto funcionamiento de la administración de justicia en una sociedad democrática.

QUINTO.- Decisión de la sala (III). Previsiones legales en la jurisdicción social y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para supuestos similares 1.- La trascendencia de una sentencia del TJUE en la que se establezca una doctrina incompatible con la mantenida hasta ese momento por un tribunal español, y en concreto por el Tribunal Supremo, consiste, en lo que aquí interesa, en que la jurisprudencia nacional debe modificarse para adaptarse a la jurisprudencia del TJUE. Tal modificación es una exigencia de la integración de España en la Unión Europea, de la cesión del ejercicio de la soberanía que esta integración conlleva y de la función del TJUE como máximo intérprete del Derecho de la Unión. Por tales razones la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido el nuevo art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial . 2.- Los cambios jurisprudenciales afectan a todas las ramas del ordenamiento y resulta de interés recordar alguna previsión legal ajena a la jurisdicción civil que regule las consecuencias que tales cambios pueden tener sobre resoluciones firmes anteriores. En el orden jurisdiccional social, los art. 218 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social regulan el recurso de casación para la unificación de doctrina. El objeto de este recurso es, como indica su nombre, «la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros



diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.» El art. 228.1 de la citada ley dispone: «Los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada.» 3.- Las sentencias del Tribunal Constitucional también fijan la jurisprudencia que los tribunales ordinarios deben seguir en aquellas materias de naturaleza constitucional a las que el Tribunal Constitucional extiende su jurisdicción. De ahí que el art. 40.2 de su ley orgánica establezca: «En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales». 4.- Sin embargo, esta «corrección» de la jurisprudencia ordinaria no puede suponer la revisión de sentencias firmes en el orden jurisdiccional civil, pues el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece: «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa **juzgada** en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». 5.- Por tanto, el respeto a la institución de la cosa **juzgada** que impide reabrir procesos finalizados por sentencia firme (cosa **juzgada** formal) y que se abra un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y resuelto por sentencia firme (cosa **juzgada** material, en su aspecto negativo), incluso en los supuestos en que se produzca una modificación de la jurisprudencia, por propia iniciativa del Tribunal Supremo o porque esa modificación venga impuesta por la doctrina que en una determinada materia establezca el Tribunal Constitucional, tiene también anclaje constitucional, en el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución, y es reconocida en otros sectores del ordenamiento jurídico.

SEXTO.- Decisión de la sala (IV). La importancia del principio de cosa **juzgada** en la jurisprudencia del TJUE 1.- La sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa **juzgada** y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración (especialmente el derecho del consumidor a la restitución) no podían ser aplicados a aquellos casos en que se hubiera dictado sentencia firme que no reconociera ese derecho al consumidor. 2.- El TJUE ha considerado que este pronunciamiento no es contrario al ordenamiento de la Unión Europea. La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo, declaró sobre esta cuestión: «68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa **juzgada** a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU: C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa **juzgada**.» 3.- En la posterior sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus, el TJUE declaró: «46. Procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa **juzgada**. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).» 47. Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa **juzgada** a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 53)».

SÉPTIMO.- Decisión de la sala (V). Conclusión 1.- De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior. Esa

sentencia posterior no es un «documento» a efectos de lo previsto en el art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.- Nuestro ordenamiento jurídico preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia, adoptadas por propia iniciativa del Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina sentada en las resoluciones del Tribunal Constitucional. Solo es posible la revisión de una sentencia civil firme en ciertos casos excepcionales cuando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que dicha sentencia ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, por preverlo expresamente el art. 510.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3.- La jurisprudencia del TJUE ha reconocido la importancia del principio de cosa **juzgada** tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia. 4.- El TJUE ha declarado que la posibilidad de revisar una sentencia firme dictada por un tribunal nacional de un Estado miembro como consecuencia que se haya dictado una sentencia del propio TJUE que sienta una doctrina incompatible con la que sustenta esa sentencia firme del tribunal nacional, se rige por los principios de efectividad y equivalencia. 5.- El principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa **juzgada** y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional, como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, caso Olimpicclub. No es ese el caso objeto de este proceso de revisión, en que se pretende proyectar la jurisprudencia del TJUE hacia el pasado para lograr la rescisión de una sentencia firme y que se dicte una nueva sentencia que se acomode a la jurisprudencia del TJUE en un proceso que había finalizado por sentencia firme antes de que se dictara la sentencia del TJUE. En aplicación de lo declarado en la sentencia del TJUE de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14, caso Finanzmadrid, y las que en ella se citan, teniendo en cuenta los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento, la exclusión de la rescisión de sentencias firmes por contradecir lo declarado posteriormente en una sentencia del TJUE no puede considerarse contrario al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. 6.- El principio de equivalencia impone la revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional, con base en una sentencia posterior del TJUE que sea incompatible con la jurisprudencia nacional, si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia. Como hemos explicado, ese no es el caso de España, cuyo ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia. Por tanto, el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes. 7.- Por estas razones, la demanda de revisión no puede ser admitida a trámite."

Pues bien, estos criterios deben conducir con claridad a la desestimación del recurso de apelación interpuesto, en cuanto a la pretensión de restitución de las cantidades cobradas en exceso anteriores a 2013 en base a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, que están afectadas por el debido respeto a la cosa **juzgada**, tal y como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra reciente sentencia de 12 de julio de 2017.

TERCERO .- Por otro lado se dice en el recurso que las pretensiones de nulidad por abusivas de las cláusulas de reclamación de posiciones deudoras y de intereses moratorios del 18 % contenidas en la escritura de préstamo hipotecario litigiosa que, en todo caso, pueden plantearse porque no lo fueron en el proceso precedente que solo versó sobre la nulidad de la cláusula suelo.

La sentencia entiende que tales pretensiones pudieron ejercitarse en el previo proceso por lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 400 de la LEC, aparecen cubiertas por la cosa **juzgada**.

Se plantea por tanto la cuestión desde la perspectiva de la regla de la preclusión del artículo 400 de la LEC, es decir desde el efecto vinculante o prejudicial que la primera resolución tuvo en la segunda. Dice la apelada, en este sentido, que no puede volver a discutirse lo que pudo discutirse en el proceso precedente.

Dispone el art. 400 de la LEC, bajo el título "Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que: "1. Cuando lo que se pida pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa **juzgada**, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".



El Tribunal Supremo ha dictado múltiples sentencias en interpretación de este precepto. La reciente sentencia de fecha 9 de enero de 2013 resume la doctrina del Alto Tribunal al establecer la Sala que "el artículo 400 .2 LEC está en relación de subordinación respecto a la norma contenida en el artículo 400 .1 LEC , de forma que solo se justifica su aplicación para apreciar litispendencia o los efectos de la cosa **juzgada** material cuando entre los dos procesos -atendiendo a las demandas de uno y otro- se hayan formulado las mismas pretensiones. Es en tal caso cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo que en el proceso anterior con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues la LEC obliga a estimar la excepción de litispendencia -si el primer proceso se halla pendiente- o la de cosa **juzgada** -si en el primer proceso ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa **juzgada** material (SSTS 25 de 25 de junio de 2009 , 10 de marzo de 2011 .

Las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda están en íntima conexión con la acción ejercitada en la misma, de manera que la decisión sobre la identidad de las pretensiones no puede abstraerse de la acción ejercitada que las sustenta.

La identidad de la acción no depende del fundamento jurídico de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 7 de noviembre de 2007 , 16 de junio de 2010 , 28 de junio de 2010). La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por esta razón la jurisprudencia ha aludido en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001).

Este ha sido el criterio seguido por esta Sala, bajo la regulación de la LEC 1881, cuando, adelantándose a la previsión que hoy contiene el artículo 400 .2 LEC , ha rechazado por contravenir el principio de cosa **juzgada**, el ejercicio de acciones fundadas en hechos o fundamentos jurídicos que hubieran podido ser alegados contra el demandado en un proceso anterior, siempre que los nuevos hechos o fundamentos se alegaran en sustento de una misma acción".

Nuestra Audiencia Provincial ha establecido su doctrina en la materia, concorde con la expresada por el Tribunal Supremo, lógicamente, y de la que es exponente, por citar una de las últimas, la sentencia de 19 de julio de 2012 , en la que se establecía que: "conviene efectuar, como premisa inicial y, como declaración principio, una triple consideración preliminar: en primer término, que la interpretación del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es pacífica, existiendo claras discrepancias -y diferentes posicionamientos- en las distintas Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales que han abordado esta problemática de naturaleza estrictamente jurídica; en segundo lugar, que el referido precepto -a juicio de este Tribunal- es -o debe ser- de interpretación restrictiva, al objeto de preservar el Derecho de acceso a la Jurisdicción, que se conforma como una de las vertientes esenciales del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva que consagra y reconoce el artículo 24 de la Constitución Española , y, finalmente, que, con el máximo rigor, ninguno de los supuestos que ha puesto de manifiesto la parte demandada apelante, tanto en el Escrito de Contestación a la Demanda, como en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación, resultan aplicables al supuesto de autos, porque examinan una situación fáctica absolutamente distinta.

De este modo, el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (encabezado con los términos "preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos"), en su apartado 1, establece que "cuando lo que se pida en la Demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior". Indudablemente, el precepto se encuentra en íntima conexión con el instituto de la cosa **juzgada** (artículo 222 de la ley de Enjuiciamiento Civil), si bien entendemos que descansa sobre manera en el requisito objetivo de la identidad de la "causa petendi", hasta el extremo de que la referida disposición legal se inicia con la expresión "cuando lo que se pida en la Demanda (...)". Ahora bien, la "causa petendi" no es el título en el que se funde una determinada reclamación, sino que es el "fundamento de la pretensión", de tal modo que, si es coincidente, la preclusión que reconoce el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe predicarse de aquellos supuestos en los que, siendo idéntica la causa petendi (o el fundamento de la pretensión), no se hubieran hecho valer en un mismo Proceso todas las alegaciones y fundamentos jurídicos que resultaran aplicables, de tal manera que, en el caso de que fuera así y, concurriendo las tres identidades que conforman la cosa **juzgada**, el ulterior proceso se vería afectado por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con la preclusión de hechos y fundamentos jurídicos que contempla el artículo 400 del mismo Texto Legal ".

Ahora bien, debe evitarse un concepto excesivamente extensivo en la interpretación del artículo 400 de la LEC , pues podría conducir a forzar a la parte a la acumulación objetiva y subjetiva de acciones, olvidando el



carácter potestativo de tal acumulación, conforme a lo establecido en los arts 71 y 72 de la LEC o a forzar una reconvencción indeseada que también, desde el punto de vista normativo, tiene un carácter potestativo, conforme al art. 406 de la LEC , lo que se deduce de la expresión "podrá" recogida en todos los preceptos citados.

Esa prudencia para evitar interpretaciones rígidas del artículo 400 de la LEC viene aconsejada por la necesidad imperiosa de evitar vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en art. 24 de la Constitución . En tal sentido, resulta reveladora la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2013 , que otorga el amparo ante dos decisiones, de la primera y de la segunda instancia que, en aplicación de lo dispuesto en art. 400 de la LEC , entendieron que el demandado en el primer proceso no debió haberse allanado, sino plantear las oportunas excepciones materiales o, en su caso, ejercitar la reconvencción, formulando todas las acciones relativas al negocio jurídico que había celebrado con el demandante, sin que pudiera plantear aquellas en un procedimiento posterior. Pues bien, el Tribunal Constitucional advierte que la interpretación dada en ambas instancias contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvencción, que se pone de manifiesto a partir del término "podrá" utilizado en el art. 406 de la LEC , y entenderlo de otro modo, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, por cuanto restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica. Insiste el Tribunal en que no cabe exigir, bajo amenaza de preclusión, la oposición de excepciones materiales oportunas, puesto que el allanamiento implica, precisamente, la aceptación de la pretensión planteada de contrario. Y esto lo dice el Tribunal Constitucional, a pesar de la evidente relación entre los dos procesos judiciales, por lo que, con reiteración de lo afirmado en la STC 71/2010, de 18 de octubre , concluye que "los arts. 222.2 y 400.2 de la LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal".

Pues bien, esa interpretación flexible a la que hemos hecho referencia y la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva hace que entendamos que la nulidad por abusiva de las dos cláusulas puede plantearse en este proceso, sin que este impedido tal planteamiento desde la perspectiva de la cosa **Juzgada**, al tratarse de pretensiones imprejuzgadas, respecto de las que no había ninguna obligación de ser planteadas en el proceso previo, que tuvo un objeto nítidamente distinto.

Estamos en presencia de una póliza de préstamo personal en la que se pactan a los efectos que nos interesa, las siguientes cláusulas:

COMISIÓN RECLAMACIÓN POSICIONES DEUDORAS

"En concepto de gestión por reclamación efectuada de posiciones deudoras impagadas a sus respectivos vencimientos, la Caja percibirá por una sola vez, en caso de producirse efectivamente la reclamación por cualquier medio, la cantidad referida en el apartado J) de las condiciones particulares, por cada recibo de amortización, intereses y/o comisiones impagado que se produzca», siendo dicha comisión de 30 €.

Pues bien entendemos que tal comisión es una cláusula abusiva todo ello de conformidad a lo dispuesto en el art. 87.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en los casos de cobro por servicios no efectivamente prestados, por cuanto no responde a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos y comporta un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del citado contrato al implicar un incremento injustificado de los costes que debe soportar el prestatario para el caso de impago de los recibos mensuales de amortización, máxime cuando su aplicación es automática sin que la entidad acredite haber realizado ningún tipo de gestión efectiva para reclamar tales impagos y cuando dicha cantidad, como aquí ocurre, se pacta además de la de los intereses de demora. En igual sentido " Auto AP Madrid, Sección 10ª del 7 de febrero de 2017 Recurso: 26/2017Jurisprudencia citadaAAP, Madrid, Sección 10ª, 07-02-2017 (rec. 26/2017) I, Sección 14ª, Auto 346/2015 de 6 Noviembre de 2015 ,

Por todo ello, en este punto, el recurso debe ser estimado.

INTERESES MORATORIOS

Se establece en la póliza litigiosa una cláusula de interés moratorio del 18%

En orden a las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo, la Sentencia del Pleno del TS de 22 de abril de 2016 señala que "El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho



interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 , caso Banesto , apartado 65, de 30 de mayo de 2013 , asunto C- 488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57 , y 21 de enero de 2015 , asuntos acumulados C 482/13 , C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , en relación con su vigésimo cuarto considerando, que 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 », al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 , declaró que « el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva ».

2.- En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 , asuntos acumulados C 482/13 , C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

3.- El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado

34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora , cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

Se añade que "El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.



En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado.

6.- La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos al tipo de interés ordinario. (...)

Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.

(...) la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser (...) la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

Por eso también debe estimarse este motivo, con las consecuencias antedichas.

CUARTO .- Estimándose en parte el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, y en cuanto a las de primera instancia cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **DOÑA Casilda y DON Dionisio** contra la sentencia núm. 216/17 de fecha 11 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres, en autos núm. 119/17, de los que este rollo dimana, y en su virtud, **REVOCAMOS** la expresada resolución, acordando la nulidad de:

1º.- la cláusula de reclamación de posiciones deudoras inserta en la póliza en su epígrafe cuarto, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a la eliminación a su costa de la misma.

2º.- la cláusula de interés moratorio inserta en la póliza en el epígrafe 16 condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a la eliminación a su costa de la misma y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

Todo ello sin hacer imposición de costas en la primera instancia y en esta alzada

No tífquese la presente resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.



En su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ