



Roj: **SAP BA 599/2015 - ECLI:ES:APBA:2015:599**

Id Cendoj: **06083370032015100320**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **24/06/2015**

Nº de Recurso: **186/2015**

Nº de Resolución: **153/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOAQUIN GONZALEZ CASSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00153/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

Sección Tercera

Mérida

SENTENCIA Núm.153/15

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO (PONENTE)

MAGISTRADOS:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

DON JESUS SOUTO HERREROS

=====
Recurso Civil núm. 186/2015

Juicio Ordinario núm. 386/2014

Juzgado de lo Mercantil de Badajoz

=====
En la ciudad de Mérida a veinticuatro de junio de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de Juicio Ordinario, número 366/2014, procedentes del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, a los que ha correspondido el rollo de apelación núm. 186/2015, en el que aparecen, como parte apelante BANCO GRUPO CAJATRES, SAU, que ha comparecido representada en esta alzada por la procuradora doña Esther Martín Castizo y asistida por la letrada doña María José Cosmea Rodríguez y como parte apelada DOÑA Cecilia , que ha comparecido representada en esta alzada por la procuradora doña Clara Isabel Rodolfo Saavedra y defendida por el letrado don Juan Manuel García Muñoz.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz en los autos de Juicio Ordinario núm. 386/2014 se dictó sentencia el día diez de marzo de 2015 cuya parte dispositiva dice así:

FALLO: "Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda presentada por D^a Cecilia , representado por la Procuradora Sra. RODOLFO SSAVEDRA frente a la entidad "BANCO GRUPO CAJATRES, SAU", representado por la Procuradora Sra. MARTÍN CASTIZO, declarando la nulidad de estipulación tercera de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de febrero de 2014 y 13 de diciembre de 2010, suscritos entre la actora y la entidad demandada en la que se establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4,00% y un 6,50% respectivamente y un máximo del 12%, condenando a la entidad demandada la devolución al actor de la suma de 9.887,50 euros, así como las cantidades abonadas hasta la sentencia, así como al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de BANCO GRUPO CAJATRES, SA.

TERCERO.- Admitido que fue el recurso por el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO.- Una vez verificado lo anterior se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Salay se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo para el día 10 de junio pasado, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil el 10 de marzo pasado se alza la parte condenada, BANCO GRUPO CAJATRES, SA, alegando tres motivos de apelación: el error en la valoración de las pruebas por la Magistrada del Juzgado de lo Mercantil, la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo y la improcedencia de la condena en costas, pretensiones a las que se opone la parte demandante y apelada.

SEGUNDO.- El 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 establece en su artículo 83 núm. 1 la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos efectuados con **consumidores**, nulidad que ha de ser apreciada de oficio. El número 2 de dicho precepto establecía anteriormente que la parte del contrato afectada por la nulidad se integraría con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo el siguiente párrafo que el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas dispondría de facultades moderatorias cuando subsista el contrato. Dicha disposición ha sido modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias. En la actualidad, el nuevo artículo 83 establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

En este punto, hay que reseñar que el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , establece que se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor**, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, relacionándose esas cláusulas en los artículos 85 al 90 de la Ley. E, igualmente, el párrafo primero del artículo 87 de dicha ley establece que "son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del **consumidor** y usuario. La consecuencia es la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas es que se tendrán por no puestas.

Igualmente, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 establece: "1 Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2 Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el **consumidor** no haya podido influir sobre su contenido, en particular



en el caso de contratos de adhesión ". A su vez el artículo 4 de la directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Finalmente el artículo 6, apartado 1, de dicha directiva dispone, " 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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

En nuestro derecho, para determinar si una cláusula es abusiva, el artículo 82 núm. 3 de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, siguiendo el artículo 4 núm.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE establece que se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

TERCERO.- Respecto a las denominadas cláusulas suelo y techo, el Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo ha dictado la sentencia de 9 de mayo de 2013 que establece respecto a las denominadas cláusulas suelo como la señalada en el préstamo con garantía hipotecaria pactado por las partes varias consideraciones:

El Tribunal Supremo considera que las cláusulas de un contrato unilateral, como es el préstamo, pueden ser abusivas porque a la hora de valorar la posible existencia de desequilibrio, los términos de la comparación no han de ser necesariamente las obligaciones recíprocas, sino el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, con independencia de que el empresario haya cumplido o no todas las prestaciones. Si bien entiende que por si una cláusula suelo no tiene por qué ser abusiva.

Ahora bien, aunque estime que no es abusiva de por sí, el Alto Tribunal considera que los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley de **Consumidores** y Usuarios porque no se permite al **consumidor** identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El Tribunal Supremo estima que las cláusulas suelo "no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro ". En los tres casos enjuiciados por el Alto Tribunal no se cumplen los requisitos de transparencia exigibles, porque " las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el **consumidor**, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia" . Y continúa: "la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del **consumidor** sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas....". En concreto, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas no son transparentes porque: a) falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del contrato; b) se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo; e) en uno de los casos considerados, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**. Por este motivo el Tribunal Supremo se decanta por considerar la falta de transparencia es determinante de abusividad de la cláusula.

La abusividad por falta de transparencia no determina la nulidad del contrato, pero sí la de la cláusula suelo no transparente, sin posibilidad -se señala expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (la ya citada sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 14 de junio de 2012).

Ahora bien, la sentencia carece de eficacia retroactiva no sólo en situaciones decididas por sentencia firme, sino también con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. El Tribunal fundamenta esta decisión en diversos argumentos.

Dicha doctrina ha sido ratificada posteriormente por las sentencias del Alto Tribunal de 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015 donde ya no estamos en presencia de una acción colectiva como la que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, sino ante el ejercicio de acciones individuales.

CUARTO.- El primer motivo del recurso alega, como se ha dicho, error en la valoración de la prueba. Básicamente se nos dice que la Magistrada del Juzgado de lo Mercantil no ha tenido en consideración ni valorado el documento núm. 1 de los aportados con la contestación a la demanda. Se trata de una solicitud de préstamo de 29 de noviembre de 2010, es decir, unos días antes de la contratación del segundo de los



préstamos con garantía hipotecaria en el que se informó de los tipos de interés aplicables a la operación incluídos los tipos máximo y mínimo. Con dicho documento, nos dice la parte recurrente, se habría cumplido con el primer escalón en el control de transparencia.

La Magistrada del Juzgado de lo Mercantil ha llegado a la conclusión de que las cláusulas impugnadas carecían de la transparencia exigida en el art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley de **Consumidores** y Usuarios, sin necesidad de hacer una valoración individualizada de todas y cada una de las pruebas practicadas las cuales, como es bien sabido, salvo prueba tasada, han de ser valoradas en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica.

Sobre este particular debe indicarse que fueron dos los préstamos contratados con la antigua CAJA DE AHORROS DE BADAJOZ, uno de fecha 13 de febrero de 2004 por un principal de 63.580 euros y otro de 13 de diciembre de 2010 con un nominal de 50.000 euros habiéndose aportado únicamente la oferta del segundo préstamo, pudiendo entenderse fácilmente que en el primero ni siquiera se firmó dicha petición, pues en caso contrario hubiera sido aportada.

En segundo lugar, la oferta presentada como documento núm. 1 no fue la que luego se firmó. Por ejemplo en dicha solicitud, la cláusula suelo estaba en 6 puntos y luego se firmó una de 6,5 puntos. A la escritura se aporta una oferta vinculante que sería correcta, pero que carece de validez porque no está firmada.

En tercer lugar, como ponen de manifiesto, tanto la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, como la de 8 de septiembre de 2014 (fundamento jurídico segundo, punto 9) ha de plantearse si la existencia de una oferta vinculante acredita el control de transparencia formal y documental para responder: *"Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable", sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación..."*

Nótese que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social establece en su artículo 6 la necesidad de que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente *"una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato"*. Expresión que habrá de incluirse en los contratos que incluyan cláusulas techo y suelo.

Pues bien, la solicitud de préstamo, ni contiene una expresión manuscrita, ni informa de los posibles escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación, ni es nada clara pues está inserta al final de un documento donde se dice que el interés será el variable con un diferencial de EURIBOR más 1,5 puntos y además ni siquiera fue la que luego sirvió de firma del contrato.

Finalmente, olvida la recurrente lo informado el 26 de junio de 2014 por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España (documento núm. 10 de la demanda) informe en el que ante la reclamación de doña Cecilia se indica que *"la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia aplicable en ambos casos, al no haber acreditado fielmente que informó previamente a su cliente sobre la cláusula suelo incorporada en sus dos préstamos hipotecarios"*

Realmente, teniendo en cuenta como se han comportado los tipos de interés en los últimos años y la previsibilidad de su comportamiento futuro, un suelo de 6,5 puntos no es más que un préstamo a interés fijo oculto bajo el concepto equívoco de variable, porque hace muchos años que los tipos no están por encima de dicha cantidad. En realidad no estamos ante una falta de transparencia, sino de algo incluso peor: se contrata un préstamo a interés variable pero en realidad se pasa a la firma uno a interés fijo, sin advertírsele al deudor hipotecario.

QUINTO.- El segundo motivo del recurso es el relativo a la irretroactividad de la cláusulas techo y suelo. El banco recurrente considera que la sentencia de instancia se ha apartado del criterio fijado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 por el que se establecía la nulidad de dichas cláusulas, criterio que es el seguido por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, por la Audiencia Provincial de Cáceres y por otros Tribunales. Al respecto, la sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 que, no olvidemos, se trataba del ejercicio de una acción colectiva al amparo de lo establecido en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su fundamento jurídico decimoséptimo otorga una eficacia retroactiva limitada a la nulidad de dicha cláusula por los motivos que en dicha sentencia se recogen. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo en un caso de acción individual en el que la



Audiencia Provincial de Álava había acordado la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo establece la siguiente doctrina legal: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 8 de septiembre 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 ". Dicha sentencia ha dado lugar a varios comentarios doctrinales, dudando alguno de ellos si la sentencia se refiere sólo a un caso concreto en el que la cláusula había sido incorporada a un préstamo con la entidad BBVA, la cual fue ya objeto de la acción colectiva que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, o es aplicable a todas las cláusulas incorporadas a los contratos bancarios cualquiera que sea la entidad. La sentencia del Alto Tribunal, que cuenta con un voto particular, establece que " a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada".

En el voto particular se considera que debe otorgarse eficacia retroactiva más allá del 9 de mayo de 2013. Como se indica en dicho voto "estamos ante una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los **consumidores**, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva".

No olvidemos que Las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea son claras y contundentes cuando no permiten integrar la cláusula abusiva nula o moderarla. Concretamente la sentencia de 14 de junio de 2012 en su parte dispositiva dice: " 2) 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".

A este respecto el párrafo 69 de dicha sentencia establece, "pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, 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 el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría 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, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), 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". Tan importante ha sido esta doctrina, que el legislador se ha visto obligado a modificar 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 por Ley 3/2014, de 27 de marzo suprimiendo esa facultad moderatoria.

Es decir, si permitimos esa retroactividad débil o limitada estamos contraviniendo la doctrina del TJEU que interpreta la directiva 93/13/CEE. El Tribunal es terminante cuando prohíbe modificar el contenido de la cláusula abusiva porque no impediría que los profesionales siguieran aplicando cláusulas abusivas, dado que el único peligro sería que la cláusula se pudiera integrar o reducir con el resto del contrato.

En cierto modo, es la supremacía del derecho europeo y la vinculación de los Jueces nacionales a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto que los Jueces nacionales actuamos como Jueces comunitarios garantes del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la UE que tiene primacía. Sentado lo anterior, conforme al principio de competencia, si el derecho aplicable nacional tiene un vínculo de conexión relevante, como es el caso, con el derecho de la UE debe aplicarse conforme a la normativa europea y la interpretación de la misma realizada por el TJUE, y no conforme a la normativa interna o la interpretación de la misma realizada por nuestros órganos jurisdiccionales, a mayor abundamiento, la jurisprudencia no es fuente del derecho.

La conclusión es muy clara: no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo otorgarle vigencia limitada. Si se acuerda lo primero, hay que dejar de aplicar la cláusula.

No obstante lo cual, esta Sala considera que debe respetar la doctrina emanada de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que tuvo a la vista la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia y aun así ha considerado en dos plenos jurisdiccionales cuales son las consecuencias de la declaración de nulidad de estas cláusulas.

Por tanto, 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 del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . No se trata de una sentencia con reserva de liquidación prohibida por el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque la fijación del quantum depende de una simple regla aritmética de fijación de los intereses que hubieran correspondido sin la existencia de la cláusula.

SEXTO.- Se impugna también el pronunciamiento en materia de costas. En este punto, no se pueden invocar dudas de derecho en cuanto que la entidad bancaria recurrente conoce y cita la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Simplemente tenía que haber procedido "ex officio" a la eliminación de la cláusula evitando con ello este pleito.

Por la estimación parcial del recurso interpuesto, conforme al artículo 398 en relación con el artículo 394, ambos de la Ordenanza Procesal Civil, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad tanto de la primera instancia como de este recurso. Hay que tener en cuenta que en la petición inicial de la parte actora, junto a la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula había una petición de condena a la devolución de todas las cantidades cobradas de más desde que se contrataron los préstamos hipotecarios y que sólo de forma subsidiaria se pedía que la condena lo fuera desde el 27 de marzo de 2013, fecha de la primera reclamación fehaciente. La estimación parcial del recurso supone devolver a esta Sala la plena decisión lo que supone la estimación parcial de la demanda, con las consecuencias en materia de costas que establece el artículo 394 de la Ley Procesal Civil

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente

FALLAMOS

QUE ESIMANDO PARCIALMENTE el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la procuradora doña Esther Martín Castizo en representación de BANCO GRUPO CAJA TRES, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz el día diez de marzo de 2015 en el Juicio Ordinario núm. 386/2014 y en el que ha sido parte apelada DOÑA Cecilia , representada por la procuradora doña Clara Isabel Rodolfo Saavedra, **SE REVOCA EN PARTE DICHA SENTENCIA** y en su lugar se dicta otra en la que manteniendo íntegramente el pronunciamiento en materia de nulidad de las cláusulas denominadas suelo y techo, además, **SE CONDENA A LA DEMANDADA / RECURRENTE** a que proceda a la restitución a la ACTORA/RECURRIDA de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dichas cláusulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , mediante la simple operación aritmética de restar a las cantidades abonadas por el interés aplicado, el que hubiera correspondido según los contratos de no existir dichas cláusulas.

En materia de costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, tanto en la primera instancia como en este recurso.



Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Sólo se admitirán los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la Disposición Final 16ª LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará efectuar en calidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CEJDO