



Roj: **SAP PO 641/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:641**

Id Cendoj: **36038370012016100193**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **157/2016**

Nº de Resolución: **239/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00239/2016**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 157/16**

**Asunto: ORDINARIO 150/15**

**Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 PONTEVEDRA**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.239**

En Pontevedra a cinco de mayo de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 150/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 157/16, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Sergio , representado por el Procurador D. DIEGO RUA SOBRINO, y asistido por el Letrado D. PABLO LUIS RUA SOBRINO, y como parte apelado-demandado: BANCO PASTOR SAU, representado por el Procurador D. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, y asistido por el Letrado D. OSCAR JOSE SURIS REGUEIRO, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 2 diciembre 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Diego Rúa Sobrino, en nombre y representación de Don Sergio , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA en base a los siguientes pronunciamientos:



1.-DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD por abusiva la cláusula suelo contenida en el apartado 4 de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 19 de junio de 2009. "Límites de variabilidad del tipo de interés. Las partes acuerdan que, a efectos obligaciones, el tipo restante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual". Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad financiera demandada a pasar por dicha declaración de nulidad y a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo a que se refiera la demanda y a abstenerse de utilizarla en un futuro.

2.-DEBO DECLARAR Y DECLARO la subsistencia del resto de cláusulas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 19 de junio de 2009, y CONDENO a la entidad financiera a que proceda recalcular las cuotas mensuales que se emitan con posterioridad a la fecha de la presente resolución sin aplicar la cláusula suelo declarada nula, sin devolución de cantidad alguna. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por D. Sergio , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO .** - El presente procedimiento versa sobre la validez, cuestionada por abusiva, de la denominada cláusula suelo, es decir, que en ningún caso el interés a percibir por la entidad prestamista será inferior, en el caso enjuiciado, a un 2,250%.

La sentencia de instancia, en aplicación de una jurisprudencia constante, declara la nulidad de dicha cláusula. Sin embargo, aún cuando condena a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula, lo hace hacia el futuro, sin conceder devolución alguna, a pesar de haber sido petitionado por la parte demandante.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandante, solicitando la devolución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula declarada nula desde el 9 de mayo de 2013. También se interpone recurso de apelación por la entidad demandada alegando error en la apreciación de la prueba al considerar que la cláusula debe superar el control de transparencia ya que el demandante tuvo conocimiento claro del límite del interés a pesar de pactarse un interés variable. Igualmente impugna la imposición de costas a que es condenada.

**SEGUNDO .** - El recurso de la parte apelante debe prosperar. La esencia del mismo, sin perjuicio de otras cuestiones procesales menores que nada aportan a la decisión sobre el fondo pues en su caso podrían determinar una retroacción de proceso que además no se solicita, versa sobre si la solicitud de devolución de las cantidades percibidas por la demanda en aplicación de la cláusula declarada nula es tan defectuosa que no puede estimarse, o puede admitirse su planteamiento con fundamento en el art. 219 LEC .

Sobre tal cuestión, dice la STS 12 enero 2012 :

*" y asimismo el art. 219 LEC , que prohíbe las sentencias con reserva de liquidación, y solo admite la remisión a ejecución cuando la liquidación consista en una sencilla operación aritmética. Sin embargo, el contenido de dichos preceptos debe ser matizado. El propio art. 210.4º se refiere a "en su caso" y en cuanto a la disposición sobre sentencias con reserva de liquidación (ex art. 219) ya dice la E. de M. de la LEC "que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible", lo que no cabe identificar de modo absoluto con los supuestos de sencilla operación aritmética.*

*Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7 , 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881 , precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo "in re ipsa"), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarativo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación, no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrearía la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada, retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la*



doctrina denominada de la "estimación sustancial", y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia. Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste -tiempo y gastos- y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva ( S. 11 de octubre de 2011, 663) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales - contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior ( SS. 10 de febrero de 2009, 49 ; 2 de marzo de 2009, 95 ; 9 de diciembre de 2010, 777 ; 23 de diciembre de 2010, 879 ; 11 de octubre de 2011, 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución ( SS. 15 de julio de 2009 ; 16 de noviembre de 2009, 752 ; 17 de junio de 2010, 370 ; 20 de octubre de 2010, 606 ; 21 de octubre de 2010, 608 ; 3 de noviembre de 2010, 661 ; 26 de noviembre de 2010, 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011, 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010, 739. En el caso, la sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC ) no supone ninguna indefensión (..).

En la misma línea de flexibilizar la interpretación del art. 219 LEC , la STS de 1 de julio de 2013 insiste en que: (..) en el presente caso sea plenamente aplicable la jurisprudencia de esta sala que atenúa el rigor literal del art. 219 LEC cuando este se traduzca en una vulneración del derecho fundamental de la parte demandante a la tutela judicial efectiva ( SSTS 19-2-10 en rec. 2411/05, 16-1-12 en rec. 460/08 y 9-2-12 en rec. 1708/08 ) (..).

Teniendo en cuenta esta interpretación flexible del Tribunal Supremo debe considerar que existen en el proceso, concretamente en la escritura de préstamo, los datos necesarios para entender que existen unas bases ciertas para una correcta liquidación. Hay que tener en cuenta los tipos de interés efectivamente aplicados y los que resultarían de aplicación de no existir la cláusula suelo que limitara la bajada de los índices de referencia para hallar el interés variable a aplicar. La diferencia será el principal objeto de devolución. Cualquier dato económico necesario para llevar a cabo las operaciones es de público conocimiento a través de la información proporcionada por el Banco de España. Por otro lado, la complejidad o sencillez de las operaciones a realizar en aplicación de las bases de la liquidación, es relativa, pues a nadie se le escapa que, precisamente para la demandada, resulta extremadamente sencillo realizar los cálculos necesarios, disponiendo de medios más que suficientes pues está en la esencia de su tráfico en el mercado del dinero. A lo que debería colaborar, si hiciera gala de una buena fe procesal, lo que a buen seguro evitaría incluso la necesidad de una ejecución forzosa. La facilidad de la solución evidencia que de no estimarse el recurso se produciría una falta de tutela judicial efectiva del demandante que, pese a la declaración de nulidad de la cláusula, y la relativa sencillez para determinar la cantidad a devolver, se le abocara a un nuevo proceso judicial.

Procede, por lo tanto, la estimación del recurso de la parte actora.

**TERCERO** . - La parte demandada también interpone recurso de apelación por el cual alega error en la apreciación de la prueba al considerar que la cláusula debe superar el control de transparencia ya que el demandante tuvo conocimiento claro del límite del interés a pesar de pactarse un interés variable. Igualmente impugna la imposición de costas a que es condenada.

En relación al primer motivo, ciertamente de la prueba practicada ha quedado acreditado, pues el propio demandante lo reconoció en su interrogatorio, que le dijeron que no iba a bajar más del 2,25%, pero también añadió que no sabía por qué. Sin embargo tal reconocimiento no añade nada nuevo al control de transparencia. No debe olvidarse que la nulidad de la cláusula suelo, tal y como ha sido estructurada por la STS de 9 de mayo de 2013 no descansa sobre problemas de control de contenido, reconociendo que la cláusula en si misma



puede ser lícita y su redacción es clara y sencilla. Pero, como se concretó en la sentencia de Pleno de la Sala 1ª TS de 8 septiembre 2014, el problema se encuentra en el control de transparencia real, no quedando constancia de que se haya garantizado el cumplimiento por parte del predisponente -pues ante una condición general nos hallamos- de unos especiales deberes de configuración contractual que cumplan con el necesario equilibrio contractual y la exigencia de la comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta.

En palabras de la meritada sentencia:

*De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada .(..)*

*(..)La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación del motivo planteado. En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si, conforme a la naturaleza y caracterización que se ha realizado del control de transparencia, el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido, atendido el marco de la contratación realizado, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo .*

La solicitud del demandante y aceptación de la demandada, durante la vigencia del contrato, de una reducción del tipo de interés, en determinados periodos, nada prueba en relación a los criterios precisos y comprensibles que deberían haber facilitado en los tratos previos y al perfeccionar el contrato en orden a que el prestatario pudiera evaluar, directamente, el alcance jurídico y económico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba en el momento en que era necesario.

**CUARTO** . - El segundo motivo de recurso de la parte demandada cuestiona el pronunciamiento sobre costas. Debe señalarse que la estimación del recurso de la parte demandante conlleva una íntegra estimación de la demanda. La demandada apelante invoca en contra de la imposición de costas que en estos casos no cabe aplicar el principio de vencimiento objetivo, y cita como supuesto de no imposición la sentencia de fecha 10 julio 2015, dictada en el rollo de apelación 312/15, por esta misma Sala .

Ciertamente una de las cuestiones que ha sido objeto de mayor controversia en los tribunales es la retroactividad total o parcial de la denominada cláusula suelo, y aún está pendiente de pendiente de un pronunciamiento por parte del TJUE, que esperamos ponga término a las diversas interpretaciones sobre la cuestión, de forma que el propio TS mediante auto de 12 abril 2016 ha suspendido la resolución de un recurso de casación a la espera de tal pronunciamiento. Tal discusión ha servido para no imponer las costas en aquellos procesos en que este era parte del núcleo de la discusión.



Sin embargo, no es este el caso. Cuando se interpone la demanda ya era doctrina jurisprudencial reiterada de nuestro TS que los efectos de la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo tenían un carácter limitado y se retrotraían al 9 de mayo de 2013, que es lo que se pide con carácter principal en este proceso, no que se retrotraigan los efectos al momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, no debían existir sobre el particular dudas jurídicas, y menos cuando este tribunal ha venido manteniendo también el criterio que ha ido fijando el Alto Tribunal.

Por otro lado, en cuanto a la cita de nuestra sentencia de 10 de julio de 2015, no resulta aplicable al menos en el sentido pretendido pues la misma la cuestión que trataba era el pronunciamiento sobre costas cuando se estimara una de las pretensiones alternativas o subsidiarias. No cuando lo que se estima es la pretensión principal, como es el caso.

En consecuencia, en el presente caso no existe motivo para no aplicar el criterio del vencimiento objetivo que establece el art. 394.1 LEC.

En atención a lo anterior, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

**QUINTO** .- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC, no ha lugar a expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación de la parte demandante.

En cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, a ella deben ser impuestas ( art. 398.1 LEC ).

En razón a lo expuesto,

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio contra la sentencia de fecha 2 diciembre 2015 dictada por el Juzgado de lo Mercantil 2 de los de Pontevedra, revocando la misma en el único sentido de condenar a la entidad demandada a devolver las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula declarada nula desde el 9 de mayo de 2013, más el interés legal, que se incrementará en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia, según las bases apuntadas en el fundamento jurídico segundo, sin especial imposición de las costas causadas en apelación.

Hágase devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.

Por el contrario, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO PASTOR S.A.U., con imposición a dicha parte de las costas causadas por la interposición de su recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.