



Roj: **SAP PO 2059/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:2059**

Id Cendoj: **36038370012016100469**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2016**

Nº de Recurso: **706/2016**

Nº de Resolución: **479/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00479/2016

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36017 41 1 2016 0000176

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000706 /2016

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de A ESTRADA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000068 /2016

Recurrente: ABANCA CORPORACION BANCARIA

Procurador: JOSE PORTELA LEIROS

Abogado: MARIA DEL CARMEN CAMPOS BAZ

Recurrido: Franco

Procurador: FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ SOMOZA

Abogado: JOSE CAO GARCIA

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 706/16

Asunto: Juicio Ordinario (Condiciones Generales de la Contratación)

Número: 68/16

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de A Estrada

Ilmos. Sres. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO



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

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM.479

En Pontevedra veinte de octubre de dos mil dieciséis.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 706/16, dimanante de los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación incoados con el núm. 68/16 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Estrada, siendo parte apelante la demandada **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.**, representada por el procurador Sr. Portela Leirós y asistida por la letrada Sra. Campos Baz, y parte apelada el demandante **D. Franco**, representada por el procurador Sr. Fernández Somoza y asistida por el letrado Sr. Cao García. Es Ponente el magistrado Sr. **D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 22 de junio de 2016 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de A Estrada, en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Somoza, en nombre y representación de D. Franco, contra la entidad Abanca S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Portela Leirós, debiendo declarar y declarando la nulidad de la cláusula Tercera Bis e), inserta en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes en fecha 31 de agosto de 2007, manteniendo la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas, sin la aplicación del límite suelo del 4.1% fijado en aquella.

Estimándose la demanda, la demandada deberá satisfacer las costas del proceso".

SEGUNDO .- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la demandada se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 22 de julio de 2016 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte resolución por la que se revoquen los pronunciamientos apelados, con expresa imposición de las costas de ambas instancias al demandante.

TERCERO .- Del referido recurso se dio traslado a la parte demandante, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 13 de septiembre de 2016 y por el que interesaba que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación interpuesto de adverso, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tras lo cual con fecha 23 de septiembre de 2016 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El debate en esta alzada se circunscribe a determinar cuáles son los efectos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 341/2013, de 9 de mayo, que, con ocasión de una acción colectiva, declaró la nulidad de la cláusula de limitación a la baja del tipo de interés o cláusula "suelo" utilizada, entre otras, por la entidad "NCG Banco, S.A." (hoy, "Abanca Corporación Bancaria, S.A."), respecto de los procesos iniciados con posterioridad frente a la citada entidad de crédito y en los que se ejercita una acción individual de nulidad de la cláusula "suelo" incorporada en una concreta escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria.

En otras palabras, se trata de dilucidar si en estos casos cabe apreciar la excepción de cosa juzgada, la pérdida sobrevinida de objeto o la falta de legitimación *ad causam* por inexistencia de objeto litigioso, como obstáculos que impiden el éxito de la acción individual de nulidad, o, por el contrario, procede entrar en el fondo y resolver en consecuencia lo que sea pertinente en derecho.



En efecto, ejercitada por el actor la acción individual de nulidad de la cláusula "suelo", la demandada se opuso invocando, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa y pasiva, por no existir el objeto litigioso, dado que, tras la mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013, se decidió eliminar todas las cláusulas de este tipo en los contratos celebrados con los consumidores, entre los que se encontraba el actor, lo que se comunicó al mismo con devolución de las cantidades percibidas en exceso, de manera que la pretensión ya habría quedado satisfecha extrajudicialmente tres años antes de presentarse la demanda; y, en segundo lugar, la excepción de cosa juzgada, al considerar que los efectos de la repetida sentencia se extienden a este procedimiento y determinan su sobreseimiento.

La sentencia desestima ambas excepciones con el siguiente razonamiento:

" Lo que la demandada denomina falta de legitimación activa y pasiva por inexistencia de objeto litigioso, no es propiamente una excepción de falta de legitimación activa y pasiva, pues debe indicarse que, la legitimación ad procesum -sea activa o pasiva- es aquella capacidad que es necesario tener para ser sujeto de una relación procesal y sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo, mientras que la legitimación ad causam aparece en función de la pretensión formulada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una Litis concreta, en virtud de la específica relación en la que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto del litigio, y, en el caso de autos, la supuesta falta alegada sería ad causam, pues alude a que, no aplicándose tal causa, debe sobreseerse el procedimiento, pero no a la legitimación activa y pasiva propiamente dicha, pues ambas están legitimadas activa y pasivamente para ser parte en este procedimiento, puesto que es admitido por ambas que la cláusula existe en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por ambas partes (...), lo que claramente les otorga legitimación.

Cuestión distinta es lo que la demandada denomina carencia sobrevenida de objeto, que no es propiamente una excepción procesal sino un supuesto de terminación anormal del proceso por razones materiales, sobreseimiento del proceso provocado al desaparecer el interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendido porque se ha producido una carencia sobrevenida del objeto procesal, terminando por resolución a la que se le atribuye, en suma, un valor semejante a la resolución de fondo que pone fin al pleito, y por ello tiene efectos de cosa juzgada.

En el caso de autos, a juicio de quien aquí suscribe, debe ser también desestimada, y ello porque, aunque consta que, la cláusula controvertida dejó de aplicarse por la entidad demandada, así lo acredita el documento nº 3 de la contestación, y, lo contrasta los documentos nº 4 a 6, dicha inaplicación, es lógico pensar que, a la vista de tales documentos, no es un reconocimiento de ineficacia, sino mera suspensión unilateral, careciendo de la bilateralidad necesaria para dar validez a esta forma de terminación del proceso. Además, la contestación a la demanda contradice a las claras la alegación de tal excepción por la entidad bancaria, pues de su lectura se deduce sin ambages que, niega a tal cláusula el carácter de condición general de la contratación, su carácter abusivo, e insta la integración del contrato. A mayor abundamiento de ser declarada nula, procedería por aplicación del art. 1303, del C.C., la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula nula, si bien la misma no ha sido expresamente pedida. "

Disconforme con esta resolución, la entidad demandada "Abanca Corporación Bancaria, S.A." interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía los motivos de oposición alegados al contestar a la demanda y que se acaban de exponer, y a los que añade la improcedencia del pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- La excepción de cosa juzgada. La extensión de los efectos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 341/2013, de 9 de mayo .

Razones de método aconsejan iniciar el examen por la excepción de cosa juzgada que la entidad de crédito demandada vuelve a invocar en vía de recurso, con base en la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas "suelo" contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores que se describían en los apartados 3º, 4º y 5º del antecedente de hecho primero de la propia sentencia; concretamente, en el apartado 4º se transcribía una cláusula de limitación a la baja de la variabilidad de los tipos de interés inserta en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita, como prestamista, por la antigua "Caixa Galicia", hoy "Abanca Corporación Bancaria, S.A."

Lógicamente, si se apreciara esta excepción ya no tendría sentido analizar la problemática suscitada en relación a la subsistencia del objeto litigioso o del interés legítimo, en que se apoya la alegación sobre la falta de legitimación activa y pasiva.

Como ya se apuntó en la sentencia de esta misma Sección Primera de 14 de mayo de 2014 (si bien en la misma se atendía un supuesto distinto, al suscitarse también una pretensión de condena dineraria y de nulidad de otras cláusulas), la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias dictadas por los Juzgados



y Tribunales en procesos incoados en virtud del ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, o de cualesquiera otros legitimados, es una cuestión polémica tanto en lo que se refiere a la eficacia de la sentencia respecto a otros consumidores que no intervinieron en el procedimiento y que pudieran resultar afectados por las cláusulas discutidas o con relación a otros contratos celebrados por las entidades que fueron parte en el pleito o por otras que no fueron parte pero que utilizan cláusulas análogas a las que fueron declaradas nulas.

Precisamente, para evitar las dudas que sobre la eficacia respecto de terceros pudiera suscitar la declaración de nulidad de una cláusula contractual, el art. 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al Tribunal para determinar si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente o, por el contrario, los efectos de limitan a quienes fueron parte en el concreto proceso.

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo aborda de manera expresa el problema en el fundamento de derecho décimo noveno y lo resuelve en los siguientes términos:

" 298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 , la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC -"[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley "- y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos."

Y al resolver el incidente de nulidad planteado por varias demandadas contra la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo declara (cfr. el FD 6, apartado 4º del Auto de 6 de noviembre de 2013):

"4.- La alegación de que la sentencia cuya nulidad se solicita produce indefensión a las demandadas porque no pueden defenderse en otros litigios individuales o colectivos mientras que otras entidades sí pueden hacerlo, es inconsistente.

Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los términos precisados en la propia sentencia.

Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio.

Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan. "

La STS 139/2015, de 25 de marzo , abordó de nuevo esta cuestión, también con relación a los efectos de la STS 341/2013 , acotando en los términos expuestos la eficacia de la cosa juzgada:

" 1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 , se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgado en



un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación.

2. Se han postulado varias soluciones a la interrogante: i) Quienes entienden, y alguna resolución así lo avala, que más que cosa juzgada lo que se produce es una carencia sobrevenida del objeto, pues no tendría sentido pronunciarse nuevamente sobre una condición general que ya había sido declarada abusiva en un proceso anterior; ii) Quienes opinan que, frente a la regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (*res iudicata inter alios*), en estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LEC, de manera similar a lo que ocurre con las sentencias recaídas en los procesos de **impugnación de acuerdos sociales**, que afectan tanto a los socios intervinientes en aquél como a aquellos que no intervinieron. Consecuencia de lo anterior sería que no fuese necesario que el consumidor fuera parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación que le afecte, ya que la sentencia que así lo declare extenderá sus efectos sobre el mismo, tanto en el aspecto positivo como en el negativo de la cosa juzgada. De ahí que el artículo 519 LEC establezca un incidente específico para que en tales supuestos el consumidor pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de dicha sentencia e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo proceso con idéntico objeto; iii) Se añade por ese sector doctrinal que se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada positiva o prejudicial, pues ha de tenerse presente también la vinculación de la sentencia para los Tribunales posteriores, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los artículos 221.1 y 222.3 y 4 LEC, como con carácter general en los artículos 400 y 421 LEC tesis avalada por alguna resolución judicial; iv) Finalmente cabe decir que la Sala en Sentencia de 17 de junio de 2010 estableció que: a) será la sentencia recaída en el proceso de acción colectiva la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los consumidores que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso; y b) prevé el supuesto en que no se hubiese procedido así.

3. A partir de las anteriores tesis doctrinales, procede descender a los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 para fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad, a fin de indagar si la cláusula de esta concreta litis, cuya nulidad se ha postulado por entenderse abusiva, se encuentra inserta en el ámbito de la acción de cesación objeto de aquella sentencia o, por el contrario, es similar pero no de las específicamente enjuiciadas predispuestas por las entidades contra las que se dirigió la acción de cesación.

4. La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su párrafo 300 que se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas[...]", razonando que pese a que la demandante interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas.

Ello naturalmente no empece a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurren o no en abusividad. "

En el ámbito comunitario, con ocasión de examinar los efectos frente a terceros de la sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 señaló que " no se opone a que la cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de la Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores por una entidad designada por el Derecho Nacional surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación ".

Mas una cosa es que la legislación nacional prevea tal extensión de efectos y otra muy distinta que la decisión adoptada en el proceso que resuelve una acción colectiva tenga automáticamente efectos de cosa juzgada respecto del proceso en que se ejercita una acción individual de nulidad.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016, en los asuntos acumulados Sales Sinués/CaixaBank y otros C 381/14 y C 385/14, proclama: " Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar



resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13 ."

En suma, los efectos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 se extienden, *subjetivamente* , a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, *objetivamente* , a las " *cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos* ", lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración, y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad.

En el caso enjuiciado, la revisión de los documentos acompañados con el escrito de contestación a la demanda demuestra que la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", que había sido parte demandada en el proceso apuntado (en realidad, trae causa de la allí demandada, a través de un proceso de sucesión universal vía absorción), asumió extrajudicialmente, mediante carta remitida a D. Franco , que la cláusula "suelo" de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre ambos era nula y procedía a eliminarla del contrato con efectos desde la fecha de la sentencia, de modo que, a partir del mes de septiembre ya no la aplicaría al préstamo hipotecario nº 500-5422-001267-2//500-5422-001201-2, y, coincidiendo con la liquidación del nuevo tipo de interés, " *le abonaremos las cantidades pagadas en exceso desde esa fecha, así como una compensación sobre las mismas, según corresponda en cada caso, calculada al tipo de interés legal del dinero (el 4% anual)* " (cfr. la carta remitida con fecha 6 de agosto de 2013 -folio 164-).

Asimismo, consta que, con fecha 7 de septiembre de 2013, la entidad financiera procedió a reliquidar el préstamo, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , con el resultado de una diferencia a favor del cliente de 1.016,49 €, que, con más 5,25 € en concepto de intereses, se ingresaron en la misma fecha en la cuenta del cliente (cfr. el documento en el que se explica y desglosa la liquidación y el justificante de ingreso en cuenta -folios 167 y 168-).

No estamos, pues, ante un supuesto de cosa juzgada, puesto que la declaración de nulidad no se extiende erga omnes y respecto de cualquier cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés, sino respecto de determinado tipo de cláusulas empleadas por las entidades que se citan (entre ellas, la demandada) y que reúnan las características o se hayan incorporado en las circunstancias que se establecen

Si la demandada consideró que la cláusula 3ª bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre ambas partes estaba afectada por la declaración de nulidad y decidió renunciar a su aplicación con efectos de 9 de mayo de 2013, tal actuación es acorde a derecho pero no guarda relación con la figura de la cosa juzgada. Tampoco cabe hablar de pérdida sobrevenida de objeto porque la actuación es previa a la interposición de la demanda. La discusión se traslada, pues, a la segunda de las excepciones.

TERCERO.- La falta de legitimación activa y la subsistencia del interés litigioso.

Como se desprende del art. 24.1 de la Constitución , la tutela judicial tiene por objeto el ejercicio de los derechos e intereses legítimos.

Concretamente, el proceso civil persigue la tutela de los derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos que entienden afectados, desconocidos, o, simplemente, en situación de riesgo.

Así, el art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , establece que " *[S]e podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley* ".

Y el art. 10 párrafo primero del mismo texto legal circunscribe la capacidad para ser " *parte legítima* " a " *quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso* ".

Por tanto, para que exista un proceso, es preciso que se invoque un interés legítimo cuya protección se impetra del órgano judicial.

De ahí que el art. 22.1 LEC prevenga la posibilidad de que " *por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa* ", en cuyo caso, " *se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario judicial la terminación del proceso* ", mientras que, si alguna de las partes " *sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos* ", se convocara a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto.



En estudio del supuesto litigioso evidencia que el interés legítimo susceptible de protección, que ciertamente existió en su momento, ya no subsistía cuando se presentó la demanda.

Efectivamente, en la comunicación que el banco remitió al hoy demandante se decía:

" En Novagalicia Banco, **en cumplimiento de la sentencia** , hemos procedido a extender sus efectos a todos los préstamos hipotecarios con clientes consumidores, **eliminando las cláusulas suelo de todos ellos** , tal y como comunicamos a través del hecho Relevante e fecha 13 de junio de 2013 publicado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Así pues, a partir del próximo mes de septiembre ya no aplicaremos la cláusula suelo en el/los siguiente/s préstamo/s hipotecario/s que mantiene con nosotros, sino el nuevo tipo de interés que resulte de sumar al tipo de referencia a la fecha de la última revisión, el diferencial pactado en el contrato.

500-5422-001267-2 500-5422-001201-2

La declaración de nulidad no tiene carácter retroactivo, afectando exclusivamente a los pagos realizados con posterioridad al 9 de mayo. Por tanto, coincidiendo con la liquidación del nuevo tipo de interés, **le abonaremos las cantidades pagadas en exceso desde esa fecha** , así como una **compensación sobre las mismas** , según corresponda en cada caso, calculada al tipo de interés legal del dinero (el 4% anual) . "

La lectura del texto pone de relieve que no estamos ante una suspensión unilateral de la cláusula en cuestión, sino ante una eliminación o supresión unilateral de la misma, con una fecha de inicio claramente determinada. Eliminación que, además, se ve corroborada un mes después con la efectiva reliquidación y abono de la diferencia pagada en exceso debido a la aplicación de la cláusula hasta el 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia.

Si el demandante hubiera solicitado, acumuladamente, la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula declarada nula, con efectos retroactivos a la fecha del contrato o a cualquier momento anterior al 9 de mayo de 2013, cabría afirmar la persistencia de un interés legítimo, circunscrito a la pretensión pecuniaria, pero al reservarse dicho derecho en la demanda y limitar el objeto litigioso a la nulidad de una cláusula contractual que ya ha sido suprimida unilateralmente por la entidad de crédito que la dispuso, no es posible hablar de un interés legítimo susceptible de protección que justifique la puesta en marcha y tramitación del procedimiento, por lo que el recurso de ser estimado.

CUARTO.- Costas procesales.

La estimación del recurso comporta que cada parte asuma las costas causadas por su intervención, pronunciamento que debe hacerse extensivo a la primera instancia porque, si bien la demanda es desestimada en su integridad por falta de interés legítimo protegible, lo cierto es que sobre esta cuestión existen posiciones divergentes entre los propios Tribunales (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA

FALLA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Portela Leirós, en nombre y representación de la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", contra la sentencia dictada en fecha 22 de junio de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de A Estrada , y, en su consecuencia, con revocación de dicha resolución, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el procurador Sr. Fernández Somoza, en representación de D. Franco , contra la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", a la que se absuelve de las pretensiones formuladas contra la misma.

Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en ambas instancias. Con restitución del depósito constituido.

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