

ILMA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID
SECCIÓN PRIMERA
Rollo: Recurso de apelación 179/14

AUTO N° 127/14

ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID
SECCIÓN PRIMERA

Ilmo. Sr. PRESIDENTE: D. FRANCISCO SALINERO ROMAN
Ilmos. Sres. MAGISTRADOS: D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL
D. JOSE ANTONIO SAN MILLAN MARTIN

En VALLADOLID, a dieciocho de Septiembre de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación el presente incidente surgido en procedimiento de ejecución: hipotecaria n° 308/12 del Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Valladolid, seguido entre partes, de una como ejecutante apelante "BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U" con domicilio social en Valladolid, representada por el Procurador D. Francisco Javier Gallego Brizuela y defendida por la Letrada D^a M^a Socorro Barrero Cantalapiedra, de otra como ejecutada apelada D^a EMELINA GARCIA SIMON mayor de edad y con domicilio en Valladolid, representada por la Procuradora D^a M^a del Carmen Guilarte Gutiérrez y defendida por la Letrada D^a EvaBenito Agundez, y como ejecutado apelado incomparecido en este recurso D. JESUS CARLOS MARTÍNEZ ANTOLINEZ mayor de edad y con domicilio en Valladolid, sobre apelación de auto de 26.02.14.

HECHOS

PRIMERO.- Se aceptan los hechos de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 26 de Febrero de 2014, se dictó auto cuya parte dispositiva dice así: " **DECIDO.-** Estimar parcialmente la oposición formulada por el/a Procurador/a Sr/a. Guilarte Gutiérrez actuando en representación de D^a. EMELINA GARCÍA SIMÓN, frente a la ejecución hipotecaria promovida por BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, y en consecuencia:

1º.- Se declara abusivo el interés de demora pactado que, en consecuencia, es nulo y se tiene por no puesto, debiendo de minorarse de la suma inicialmente reclamada por la que se ha despachado ejecución, la correspondiente a los intereses moratorios (710,98 €).

2º.- Se declara abusiva la cláusula suelo, que no afectará a los pagos ya efectuados, sino únicamente a las cantidades pendientes de pago.

3º.- Se ordena continuar adelante la ejecución por la cantidad que resulte de deducir los intereses moratorios pactados y la cláusula suelo sobre las cantidades pendientes de pago, y a tal fin, se requiere a la ejecutante para que presente en el plazo de diez días desde la notificación de esta resolución, una liquidación en los términos señalados.

4º.- No se hace especial declaración en las costas de este incidente de oposición."

TERCERO.- Notificado a las partes el referido auto, por el Procurador Sr. Gallego Brizuela en representación de la ejecutante se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Remitidos los autos del juicio a este Tribunal y personadas las partes, se señaló para la deliberación, votación, fallo del recurso el día 31 de Julio último, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La entidad mercantil "Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria, S.A.U." (Banco CEISS), interpone recurso de apelación contra el auto que ha sido dictado en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria seguido con el número 308/2012 ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Valladolid, interesando su parcial revocación y el dictado de nueva resolución en la que no se contemple la condición de consumidores de los ejecutados en este procedimiento especial de ejecución hipotecaria; que se deje sin efecto la declaración de nulidad y la consiguiente declaración de abusividad efectuada con respecto a los intereses moratorios establecidos al 18%, y a la cláusula suelo con límite del 5,25%, solicitando asimismo la declaración de irretroactividad de la nulidad acordada respecto de los intereses ordinarios liquidados y reclamados en la demanda.

SEGUNDO.- Atendiendo a los términos en que se formula el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria ejecutante debe hacerse referencia, en primer lugar, a la pretensión de que no se contemple la condición de consumidores de los ejecutados y, en consecuencia, se declare la inaplicación a los mismos de las normas reguladoras del régimen de protección dispuesto para quienes sí ostentan dicha condición (básicamente, el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios).

Sin embargo, y pese a los términos del recurso interpuesto, entiende este Tribunal de Apelación que no puede accederse a la pretensión de la entidad apelante, ya que si bien la redacción de la escritura de constitución del préstamo hipotecario que nos ocupa (de fecha 19 de octubre de 2006, doc. número 1 obrante a los folios 21 y siguientes de los autos), bien pudiera inducir a la creencia de que nos encontramos ante una actuación de los ejecutados, aún en su condición de personas físicas, propias del ejercicio de una actividad empresarial o profesional, toda vez que en la escritura se dice que el préstamo es concedido "... para financiar la refinanciación de deudas y otras atenciones...", lo cierto es que ninguna prueba se aporta a las actuaciones por la que, incidiendo en los términos de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, pudiera determinarse que nos encontramos ante una pura operación comercial de

préstamo propia de una actividad profesional o empresarial y no ante un negocio propio de consumo, lo que obliga a confirmar la conclusión alcanzada al respecto por el Juez de Instancia.

TERCERO.- En lo relativo a la cláusula del interés moratorio que se declara abusivo en la resolución recurrida, entiende esta Sala que al tratarse de un préstamo que no ha sido solicitado para adquisición de la vivienda habitual de los ejecutados, pero sí en el que la hipoteca se constituye sobre dicha vivienda habitual y plaza de garaje que acompaña, debe ser igualmente de aplicación la legislación nacional con vocación tuitiva del consumidor emanada tras las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien la consecuencia de ello no será la exclusión sin más de cualquier obligación de abono de intereses de demora que acuerda el Juez de Instancia, sino lo que al respecto viene resolviendo este mismo Tribunal en repetidas resoluciones, de las que constituyen claro ejemplo las de fechas 17 de marzo y 12 de mayo de 2014, señalando en la primera de ellas el razonamiento que sigue: "La resolución que es objeto de impugnación ..., fundamenta su decisión de excluir la posibilidad de que se practique ulterior liquidación en concepto de intereses de demora en la idea de que tras declararse abusiva la estipulación sexta de la escritura de préstamo hipotecario convenido entre las partes litigantes, los prestatarios solo deberán devolver el principal reclamado y los intereses remuneratorios, sin que proceda el pago por ellos de cantidad alguna en concepto de intereses de demora, conclusión que obtiene de lo indicado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resulta de sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, en cuanto se entiende que es contraria a la Directiva Europea 93/13 CEE la posibilidad del juzgador de integrar el contrato y moderar los derechos y obligaciones de las partes tras la declaración de abusiva de alguna de sus cláusulas, estipulaciones o condiciones.

Sin embargo, un nuevo examen y valoración de la documental que obra en las actuaciones lleva a concluir que el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria apelante debe ser estimado por este Tribunal de Apelación. En primer lugar, porque como ya se ha venido indicando en distintas resoluciones de esta misma Sala examinando desde diferentes prismas la misma cuestión ahora controvertida, debe discreparse de la conclusión final a que llega el Juez "a

quo", debiendo por el contrario coincidirse con la tesis que sostiene la entidad apelante en el sentido de precisar que una vez declarado el carácter "abusivo" del interés pactado en la estipulación sexta relativa al devengo de los intereses de demora en la escritura de constitución del préstamo hipotecario de cuya ejecución se trata en este proceso, si así resultase finalmente, la consecuencia debe ser la de considerar dicha estipulación como no puesta en el contrato y la fulminante expulsión de la misma de su articulado, sin integrarla, ni moderarla -facultad esta que es la que propiamente se cuestiona en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se recoge en la sentencia de dicho Tribunal, de fecha 14 de junio de 2012, y que resulta claramente matizado en la más reciente de 14 de marzo de 2013 que tan solo remite al análisis de las normas nacionales que sean aplicables para apreciar el posible carácter abusivo de la estipulación de que se trate-, lo que ineludiblemente determina que deba estarse precisamente a la aplicación de las normas nacionales establecidas para los supuestos de falta de acuerdo de las partes, lo que nos llevaría, ab initio, bien a la necesaria aplicación de lo establecido en los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil, o en su caso el artículo 316 del Código de Comercio, para armonizar así los intereses en conflicto, imponiendo legalmente un interés moratorio como sanción o pena por el retraso de los deudores en el cumplimiento de sus obligaciones, o incluso a la posibilidad que se recoge precisamente en legislación surgida en nuestro país a la luz del criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que por medio de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, no solo prevé en su artículo 3.º una modificación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria introduciendo una limitación de los intereses de demora, que no podrán superar tres veces el interés legal del dinero, sino que además en su Disposición Transitoria Segunda, párrafo tercero, recoge expresamente la posibilidad de que en los procedimientos aún no concluidos y aún habiéndose fijado ya la cantidad reclamada en concepto de intereses de demora, pueda recalcularse dicha cantidad conforme a los criterios indicados.

Es por ello que, estimándose así parcialmente el recurso de apelación interpuesto, considera esta Sala que en el supuesto que es objeto de enjuiciamiento concurren todos los

condicionantes que permiten la aplicación de lo establecido en la antes mencionada Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, en relación con el artículo 3.Dos de la misma Ley, de tal forma que atendiendo a lo dispuesto en el párrafo tercero de la indicada Disposición Transitoria Segunda, deberá darse a la entidad ejecutante un plazo de diez días para que recalcule los intereses de demora que resulten procedentes de conformidad a la limitación que con respecto a los mismos se establece en el actual párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, según la nueva regulación dada a la misma por el artículo 3.Dos de la repetida Ley 1/2013 de 14 de mayo (esto es, al 12%).

CUARTO.- En cuanto a la declaración de abusividad y consiguiente inaplicación por causa de nulidad de la "cláusula suelo" convenida en la escritura de constitución de préstamo hipotecario que nos ocupa en esta litis, lleva a cabo el Juez de Instancia un estimable análisis de la doctrina recaída al respecto, así como de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, para concluir en el carácter abusivo de la citada estipulación -limitación del 5,25% en la aplicación del interés variable-, aunque a juicio de este Tribunal lo hace obviando en su argumentación que en la referida resolución del Tribunal Supremo al pronunciarse sobre este tipo de cláusulas o estipulaciones no se proscribieron las mismas de manera absoluta sino que, como ya se apunta la Sentencia de 7 de marzo de 2014 de la Ilma. Audiencia Provincial de Segovia aludiendo a la jurisprudencia del Alto Tribunal, eso será factible "... solo en aquéllos casos en que las mismas no cumplen los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez exigibles respecto a los consumidores...", aconteciendo en el caso que nos ocupa que la referida estipulación es muy fácilmente comprensible, y presenta una redacción clara y meridiana, pues en la estipulación Tercera Bis sobre revisión del tipo de interés y al apartado segundo se dice expresamente "Sin perjuicio de lo anterior las partes acuerdan que el tipo de interés aplicable en cada momento independientemente del que resulte conforme a la revisión efectuada, en ningún caso será inferior al cinco con veinticinco por ciento nominal anual. Se recoge así esta estipulación en un apartado específico de la escritura relativo al tipo de interés variable y en un párrafo separado y aislado de la cláusula financiera tercera bis que permite su distinción y la constatación rápida de su existencia, y se hace tras fijar un tipo de intereses del 5,75% para la primera

anualidad y una revisión anual ulterior con un límite máximo del 8% y el pactado como mínimo que se denuncia como abusivo. No aparece pues dicha cláusula enmascarada entre una abrumadora cantidad de datos, ni su relevancia se pierde entre otras varias cláusulas con profusión de datos no siempre fácilmente comprensibles por quien carece de conocimientos especializados en la materia. Es por ello que la cláusula que es objeto de especial controversia en esta litis -cláusula suelo-, dada su redacción y ubicación en la escritura, cumple a nuestro juicio con los requisitos que han sido establecidos en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo antes referenciada, puesto que conforme a lo exigido en referida resolución, la misma permite al consumidor percibir que se trata de una estipulación que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de la obligación de pagos que se articula y posibilita además tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega la misma en la total economía del contrato cumpliendo las exigencias de transparencia, claridad y sencillez que vienen siendo establecidas por la doctrina y jurisprudencia, sin que el solo hecho de que pudiera calificarse de cláusula o condición que vino impuesta por la entidad bancaria a quien contrata con ella, no comporta por sí mismo su ilicitud y necesidad de la consiguiente declaración de abusividad y nulidad de la misma, ya que se trata de un mecanismo de contratación propio de la contratación en masa con un régimen y presupuesto causal propio y específico. Es por ello que con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto procede dejar sin efecto el pronunciamiento efectuado en la instancia con respecto a esta específica cláusula.

QUINTO.- Propugnaba finalmente la entidad apelante una última cuestión en su recurso, y esta era la relativa a la necesidad de declaración de irretroactividad de la sentencia en la aplicación de los intereses ordinarios (remuneratorios); El motivo deviene innecesario y ello no solo porque la resolución recurrida ya atendía a esta concreta cuestión realizando la declaración de irretroactividad que interesaba la entidad bancaria, sino porque además dicho pronunciamiento resulta ya carente de objeto alguno una vez que se deja sin efecto la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula suelo efectuada en la instancia.

SEXTO.- La parcial estimación del recurso de apelación determina que no se haga especial pronunciamiento de condena

en las costas procesales causadas por esta apelación. Arts. 394, 398 y 561 de la L.E.C.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra el auto que ha sido dictado con fecha 26 de febrero de 2014 en los autos del procedimiento de Ejecución Hipotecaria seguido con el número 308/2012 ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Valladolid, debemos revocar y revocamos parcialmente la referida resolución, dejando sin efecto la decisión por la que el Juez de Instancia elimina la cláusula suelo de la estipulación Tercera Bis de la escritura de constitución del préstamo hipotecario objeto de esta litis y la liquidación de intereses de demora practicada y minora el principal reclamado, acordándose ahora en su lugar que por la Sra. Secretaria Judicial deberá darse a la entidad ejecutante un plazo de diez días para que recalcule aquéllas cantidades -intereses de demora-, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada a la misma por el artículo 3.Dos de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, esto es al tipo del 12%, siguiendo la tramitación de estas actuaciones con arreglo a derecho, y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas por esta apelación.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la L.O. 1/2009 publicada el día 4 de Noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente, al haberse estimado en parte el recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Tribunal. Doy fe.

ANTE MÍ.

[cid:_1_06C7EF7C06C7EB7C002F5B67C1257D82]

[cid:_1_06C88C7806C80758002F5B6AC1257D82]

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3
VALLADOLID

SENTENCIA: 00195/2014

RECURSO DE APELACION (LECN)192/2014

S E N T E N C I A Nº 195

ILMO. SR. PRESIDENTE
D. JOSE JAIME SANZ CID
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS
D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid a, treinta de Octubre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000046 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000192 /2014, en los que aparece como parte apelante, NOVA CAIXA GALICIA, representado por el Procurador de los tribunales, D. CONSTANCIO BURGOS HERVAS, asistido por el Letrado D. JUAN CALDERON RIESTRA, y como parte apelada, ABEL SANCHEZ DE LA ROSA, representado por el Procurador de los tribunales, D^a. ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN, asistido por el Letrado D. JESUS RODRIGUEZ MERINO, sobre reclamación de cantidad y cláusula suelo, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 11 de Abril de 2014, en el procedimiento JUICIO ORDINARIO Nº 46/2014 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:
"Que estimando íntegramente la demanda formulada por doña Ana Isabel Escudero Esteban procuradora de los Tribunales, en representación de don Abel Sánchez de la Rosa contra NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A., DBO CONDENAR Y CONDENO a la

meritada demandada a abonar al actor la suma de 3.014,37 € más el interés legal desde la interposición de la demanda, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de costas". Que ha sido recurrido por la representación procesal de NOVA CAIXA GALICIA, habiéndose opuesto la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 22 de Octubre de 2014, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación procesal de NCG BANCO SA., recurre en apelación la sentencia de instancia que estima la demanda formulada en su contra por D. Abel Sánchez de la Rosa y condena a la meritada entidad demandada a abonar al actor la suma de 3014,37 Euros mas intereses legales como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo que fue declarada nula por Sentencia dictada por T.S. de 9 de mayo de 2013. Alega como motivos; improcedencia de restituir a la parte actora las cantidades satisfechas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo desde el inicio del préstamo y sus intereses legales, e infracción, por inaplicación de la doctrina derivada de la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo sobre cláusula suelo, e infracción por aplicación indebida en contra de dicha doctrina, de lo dispuesto en el artículo 1303 C. Civil. Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestime la demanda.

Se opone a este recurso la entidad la parte demandante solicitando su desestimación e integre confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO. Se circunscribe el objeto del presente recurso de apelación a determinar si procede o no otorgar efectos retroactivos, a la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre los demandantes y la entidad financiera demandada, y originada a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 09/05/2013. Reclama el actor y concede la sentencia apelada la suma cobrada por el banco demandado a consecuencia de la cláusula suelo desde el inicio del contrato y hasta su anulación, 9 de mayo de 2013 y frente a dicha decisión judicial se alza la entidad demandante invocando la aplicación de la doctrina de la irretroactividad, sentada por la meritada sentencia del T. Supremo. Suscita a con ello, una controvertida cuestión (efectos retroactivos o no, de la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia) que en la actualidad está dando lugar a indeseables criterios dispares en las distintas Audiencias, pero sobre la que esta Audiencia, sus dos Secciones Civiles, tras sopesar las razones de una y otra postura, ha decidido inclinarse por la línea de la irretroactividad seguida por la parte recurrente coincidente a su vez con la que mantiene gran parte de las Audiencias Provinciales (p.e... Cadiz, Córdoba; Madrid Sección 28, Cáceres, Zaragoza, Badajoz, Burgos, Granada, Palencia, Salamanca, Pontevedra, Orense, Valencia, Salamanca..).

Considera la sentencia apelada que la retroactividad que declara la Sentencia del T. Supremo de 9 de mayo de 2003, no es aplicable al caso de autos por cuanto en aquel juicio se ejercitaba una acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan hacia el futuro y no una acción individual de condena a las parte demandada a reintegrar las cantidades cobradas y tampoco concurren los motivos que justifican aplicar dicha doctrina excepcional de la retroactividad de los efectos de la cláusula declarada nula.

No comparte la Sala ninguno de tales argumentos. Niega la sentencia apelada eficacia vinculante a la doctrina fijada por la STS de 9-5-2013, lo que no resulta de recibo, pues, el hecho de que esta carezca de fuerza de cosa juzgada y de naturaleza de fuente de derecho, no significa que no sea eficaz y oponible en todos aquellos supuestos en que se ventile un análogo conflicto o se formule una similar pretensión, como es el caso. Ha de tenerse en cuenta a este respecto, de una parte, que de acuerdo con el artículo 1.6 del C. Civil la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico; y la oposición a la doctrina jurisprudencial del T. Supremo, permite interponer recurso de casación por interés casacional (artículo 477 apartados 2.3º y 3 LEC); y de otra parte, no estamos ante doctrina nueva y aislada, es decir, que se haya formulado por primera vez con motivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, ya que la limitación o modulación que la Sentencia del T.S. hace de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, atendiendo a la modalidad negocial, la causa o el motivo de la nulidad determinante de la nulidad o del juego de los principios generales que informan el ordenamiento judicial, riesgos previsibles y circunstancias concurrentes, es una doctrina que se enmarca en una anterior y consolidada línea jurisprudencial contenida en diversas Sentencias que se citan (p.e 26 de febrero de 2009; 15-abril de 2009, 15 de enero de 2010 13 de marzo de 2012) además de ser una posibilidad igualmente admitida por nuestro T. Constitucional por razones de seguridad jurídica (SSTC 16-6-1995; 12 de febrero y 28 de marzo de 2011) e incluso, por el propio Tribunal de la Unión Europeo (STJUE de 21 de marzo de 2013), atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y riesgos de trastornos graves.

El artículo Art.1303 C. Civil, cuya infracción denuncian los recurrentes, no puede aplicarse mecánicamente y literalmente con independencia de la figura contractual de que se trate o de la causa de la nulidad, sino que la restitución de las recíprocas prestaciones habrá de ajustarse racionalmente de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico. Nos encontramos en suma, como bien se argumenta en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 6-marzo de 2014 y 24 de julio de 2014 (Ponente D. Manuel Almenar Belenguer) "no ante una anomalía o una excepcionalidad, sino ante uno de los supuestos (la concreta causa de la declaración de nulidad) que la jurisprudencia ha valorado reiteradamente a los efectos de graduar la sanción que la nulidad lleva en principio aparejada. Supuesto en el que además concurren circunstancias específicas que refuerzan la opción por la modulación de la sanción". Y añade, también con acertado criterio, "que no estamos ante una sentencia más sino ante una sentencia dictada en un recurso cuyo conocimiento se ha abocado al Pleno de la Sala precisamente con la finalidad de fijar y consolidar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 1303 (véase artículos 197 y 264 de la LOPJ) por lo que no pueden los órganos jurisdiccionales inferiores desatender los dictados de aquella resolución, salvo motivación suficientemente fundada que justifique las razones excepcionales del apartamiento. Otra postura implicaría no solo desconocer las funciones integradora y unificadora de la jurisprudencia sino obviar el principio constitucional de seguridad jurídica".

Dice también la sentencia apelada en pro de su tesis, que el factor de orden público económico que contempla la Sentencia del Tribunal Supremo 9-5-13, no se ve afectado por una sentencia y ejecución individual o singular que además es de escasa cuantía. Argumento que igualmente consideramos endeble e inconsistente. Además de que el riesgo de afectación del orden público no es sino uno más, y no el más importante, de los muchos factores que determinaron el fallo de la tan comentada Sentencia, es evidente que la adecuada resolución del presente conflicto no puede

abordarse como algo aislado y ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en miles de contratos, que es precisamente la razón a la que alude el Tribunal Supremo. La limitación de los efectos de la nulidad que declara, no viene condicionada o determinada por el tipo de acción que se ejercita, individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, partiendo de relaciones establecidas de buena fe, y de la conveniencia de evitar riesgos de trastornos graves con trascendencia de orden público económico, siendo por lo demás evidente, que en uno y otro caso existe una sustancial coincidencia, objetiva y causal y que los riesgos que el Tribunal Supremo toma en consideración, también se producirían con la simple suma o acumulación de demandas individuales, al margen de la injusta discriminación que para los justiciables supone el trato diferenciado dependiendo de que se ejercite una acción individual o colectiva.

TERCERO. Consecuentemente con lo expuesto e independientemente de que puedan o no compartirse los argumentos esgrimidos por el T. Supremo para sustentar la doctrina de la irretroactividad, consideramos que la misma, resulta plenamente aplicable al caso aquí enjuiciado en contra de lo resuelve la Sentencia recurrida que por ello debe ser revocada no haciendo por ello especial pronunciamiento sobre las costas originadas en esta Alzada (artículo 398 LEC), como tampoco hacemos pronunciamiento expreso con respecto de las costas originadas en la instancia, dada las serias dudas de derecho que sobre el valor y alcance de esta sentencia del TS de 9-5-13 se vienen suscitando entre las distintas Audiencias Provinciales, no habiéndose pronunciado hasta ahora esta Audiencia de Valladolid.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación;

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A. contra la sentencia de 11 de Abril de 2014 dictada en Juicio Ordinario 46/ 2014 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 1 de Valladolid y REVOCAMOS dicha resolución, dictando otra por la DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por D. Ángel Sánchez de la Rosa contra NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A., no haciendo expreso pronunciamiento respecto de las costas originadas en ninguna de las instancias.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

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

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3
VALLADOLID

SENTENCIA: 00196/2014

RECURSO DE APELACION (LECN) 209/2014

S E N T E N C I A Nº 196

ILMO. SR. PRESIDENTE
D. JOSE JAIME SANZ CID
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS
D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid a, treinta de Octubre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000149 /2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000209 /2014, en los que aparece como parte apelante, ANA PATRICIA DEL GUAYO CASTIELLA, y AGUSTIN MUÑOZ SUAREZ, representado por el Procurador de los tribunales, D^a. BEATRIZ EMILIA GUTIERREZ CAMPO, asistido por el Letrado D. ARANZAZU JAEN PEDRERO, y como parte apelada, NCG BANCO SA, representado por el Procurador de los tribunales, D. CONSTANCIO BURGOS HERVAS, asistido por el Letrado D. JUAN CALDERON Riestra, sobre reintegrar sumas indebidamente satisfechas tras declaración de nulidad de cláusula de suelo, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 19 de Mayo de 2014, en el procedimiento JUICIO ORDINARIO 149/2014 del que dimana este recurso. Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: : "Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador DOÑA BEATRIZ GUTIÉRREZ CAMPO, en nombre y representación de DON AGUSTÍN MUÑOZ SUÁREZ y DOÑA ANA PATRICIA DEL GUAYO CASTELLA contra NOVA GALICIA BANCO, S.A., representada por el Procurador DON CONSTANCIO BURGOS HERVÁS, se absuelve a la parte demandada de los pedimentos formulados contra ella, sin hacer especial pronunciamiento sobre las

costas causadas en esta instancia." Que ha sido recurrido por la representación procesal de ANA PATRICIA DEL GUAYO CASTIELLA, y AGUSTIN MUÑOZ SUAREZ, habiéndose opuesto la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 22 de Octubre de 2014, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación procesal de los demandantes D. Agustín Muñoz Suarez y Doña Ana Patricia del Guayo Castiella recurren en apelación la sentencia de instancia que desestima su demanda interpuesta frente a NCG BANCO S.A., en reclamación de 9.223,34 Euros cobrados por la entidad demandada como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula y asumida como tal por la propia entidad demanda. Alega como motivos; incorrecta aplicación e interpretación judicial de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2009, único argumento por el que se desestima la demanda; e infracción de lo estatuido en los artículos 1.1 y 1.6 del C. Civil sobre el valor de la jurisprudencia y artículo 1303 también del C. Civil sobre los efectos asociados a la nulidad de una obligación. Piden por ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y acoja lo suplicado en la demanda.

Se opone a este recurso la entidad bancaria demandada solicitando su desestimación e íntegra confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO. Se circunscribe el objeto del presente recurso de apelación a determinar si procede o no reconocer efectos retroactivos a la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre los demandante y la entidad financiera demandada, originada a raíz de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 09/05/2013. Reclaman los actores a la entidad demandada, la suma cobrada en aplicación de la citada cláusula, con anterioridad al 9 de mayo de 2013, y el Juzgador rechaza esta pretensión invocando, como argumento único, la doctrina jurisprudencial de la irretroactividad, contenida en la meritada Sentencia del Tribunal Supremo. Discrepan los demandantes del valor jurídico y jurisprudencial que el juzgador otorga a dicha Sentencia y suscitan con ello una controvertida cuestión (efectos retroactivos o no, de la cláusula suelo anulada por falta de transparencia) que está dando lugar a indeseables criterios dispares en las distintas Audiencias, pero sobre la que esta Audiencia, sus dos Secciones Civiles, tras sopesar las razones de una y otra postura, ha decidido inclinarse por la línea de la irretroactividad seguida por la Sentencia apelada coincidente a su vez con la que mantienen gran parte de las Audiencias Provinciales (p.e...Cádiz, Córdoba, Madrid Sección 28; Cáceres, Zaragoza, Badajoz, Burgos, Granada, Palencia, Salamanca, Pontevedra, Orense, Valencia, Salamanca..)

Niegan los recurrentes eficacia vinculante a la doctrina fijada por la STS de 9-5-2013, lo que no resulta de recibo, pues el hecho de que carezca de fuerza de cosa juzgada y de la naturaleza de fuente de derecho, no significa que no sea eficaz y oponible en todos aquellos supuestos en que se ventile un análogo conflicto o se formule una similar pretensión, como es el caso. Ha de tenerse en cuenta a este respecto, de una parte, que de acuerdo con el artículo 1.6 del C. Civil la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, y que la oposición a la doctrina jurisprudencial del T. Supremo, permite interponer recurso de casación por interés casacional (artículo 477 apartados 2.3º y 3 LEC); y de otra parte, que no estamos ante doctrina nueva y aislada, es decir, que se haya formulado por

primera vez con motivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, ya que la limitación o modulación que la sentencia del T.S. hace de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, atendiendo a la modalidad negocial, la causa o el motivo de la nulidad determinante de la nulidad, o del juego de los principios generales que informan el ordenamiento judicial, riesgos previsibles y circunstancias concurrentes, es una doctrina que se enmarca en una anterior y consolidada línea jurisprudencial contenida en diversas sentencias que se citan (p.e 26 de febrero de 2009; 15 de abril de 2009, 15 de enero de 2010 13 de marzo de 2012) además de ser una posibilidad igualmente admitida por nuestro T. Constitucional por razones de seguridad jurídica (SSTC 16-6-1995; 12 de febrero y 28 de marzo de 2011) e incluso por el propio Tribunal de la Unión Europea (STJUE de 21 de marzo de 2013), atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y riesgos de trastornos graves.

El artículo Art.1303 C. Civil, cuya infracción denuncian los recurrentes, no puede aplicarse mecánica y literalmente con independencia de la figura contractual de que se trate o de la causa de la nulidad, sino que la restitución de las recíprocas prestaciones habrá de ajustarse racionalmente de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico. Nos encontramos en suma, como bien se argumenta en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 6-marzo de 2014 y 24 de julio de 2014 (Ponente D. Manuel Almenar Belenguer) " no ante una anormalidad o una excepcionalidad, sino ante uno de los supuestos (la concreta causa de la declaración de nulidad) que la jurisprudencia ha valorado reiteradamente a los efectos de graduar la sanción que la nulidad lleva en principio aparejada. Supuesto en el que además concurren circunstancias específicas que refuerzan la opción por la modulación de la sanción". Y añade, también con acertado criterio, "que no estamos ante una sentencia más sino ante una sentencia dictada en un recurso cuyo conocimiento se ha abocado al Pleno de la Sala precisamente con la finalidad de fijar y consolidar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 1303 (véase artículos 197 y 264 de la LOPJ) por lo que no pueden los órganos jurisdiccionales inferiores desatender los dictados de aquella resolución, salvo motivación suficientemente fundada que justifique las razones excepcionales del apartamiento. Otra postura implicaría no solo desconocer las funciones integradora y unificadora de la jurisprudencia sino obviar el principio constitucional de seguridad jurídica".

Dicen también los recurrentes en pro de su tesis, que el factor de orden público económico que contempla la Sentencia del Tribunal Supremo 9-5-13, no se ve afectado por una sentencia y ejecución individual o singular que además es de escasa cuantía. Argumento que igualmente consideramos endeble e inconsistente. Además de que el riesgo de afectación del orden público no es sino uno más, y no el más importante, de los muchos factores que determinaron el fallo de tan controvertida sentencia, es evidente que la adecuada resolución del presente conflicto no puede abordarse como algo aislado y ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en miles de contratos, que es precisamente la razón a la que alude el Tribunal Supremo.

La limitación de los efectos de la nulidad que declara, no viene condicionada o determinada por el tipo de acción que se ejercite, individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, partiendo de relaciones establecidas de buena fe, y de la conveniencia de evitar riesgos de trastornos graves con trascendencia de orden público económico, siendo por lo demás evidente, que en uno y otro caso existe una sustancial coincidencia, objetiva y causal y que los riesgos que el Tribunal Supremo toma en consideración, también se producirían con la simple suma o acumulación de demandadas individuales, al margen de la

injusta discriminación que para los justiciables supone el trato diferenciado dependiendo de que se ejercite una acción individual o colectiva.

TERCERO. Consecuentemente con lo expuesto e independientemente de que puedan o no compartirse los argumentos utilizados por el Supremo para sustentar la doctrina de la irretroactividad, consideramos que la misma resulta de aplicación al caso aquí enjuiciado, tal y como declara la Sentencia recurrida que por ello la confirmamos sin hacer, no obstante, expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada, dada las serias dudas de derecho que sobre el valor y alcance de esta sentencia del TS de 9-5-13, se vienen suscitando entre las distintas Audiencias Provinciales, no habiéndose pronunciado hasta ahora esta Audiencia de Valladolid.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación;

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por contra la sentencia de 19 de mayo de 2014 dictada recaída en Juicio Ordinario 149/ 2014 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Valladolid y CONFIRMAMOS dicha resolución, sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de la presente alzada.

Acordamos, también, la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

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

Son 3 AUTOS

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
VALLADOLID

AUTO: 00158/2014

Rollo: 254/2014

AUTO N° 158/14

ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

SECCIÓN PRIMERA

Ilmo. Sr. PRESIDENTE: D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS: DON JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL
DON JOSÉ-ANTONIO SAN MILLÁN MARTÍN

En VALLADOLID, a seis de noviembre de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación el presente procedimiento de ejecución hipotecaria n° 179/13 del Juzgado de Primera Instancia n° 11 de Valladolid, seguido entre partes, de una como **EJECUTANTE-APELADA**: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES Y SORIA SAU, con domicilio social en Madrid, representada por el Procurador Don Francisco Javier Gallego Brizuela y defendida por el Letrado Don José Fernández Otaño, y de otra como **EJECUTADOS APELANTES**: DOÑA SUSAN MORALES AL-HAMOUD Y DON JESUS LUCINIO CHACON MORA, domiciliados en Arroyo de la Encomienda, representados por la procuradora Doña Maria Pilar Areces Ilarri y defendidos por la Letrada Doña Maria Belén Panizo Medina, sobre apelación auto de 16-05-2014.

HECHOS

PRIMERO.- Se aceptan los hechos de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 16-05-2014 se dictó auto cuya parte dispositiva dice así: "Que estimando parcialmente la oposición formulada por la Procuradora Sra. Areces Ilarri en nombre y representación de D. Jesús Licinio Chacón Mora y D^a Susan Morales Nabid-Al-Hamoud contra el auto de 30 de mayo de 2013 despachando ejecución hipotecaria a instancia de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A., debo declarar la nulidad por abusiva de la cláusula suelo incorporada a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario que sirve de título a la presente ejecución, sin retrotraer sus efectos ni estimar el resto de pedimentos y sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en este incidente."

TERCERO.- Notificado a las partes el referido auto, por la representación de DOÑA SUSAN MORALES AL-HAMOUD Y DON JESUS LUCINIO CHACON MORA se interpone recurso de apelación, dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Remitidos los autos del juicio a este Tribunal y personadas las partes, se señaló para la deliberación, votación, fallo del recurso el día 7 de octubre de 2014, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente Dⁿ Francisco Salinero Román.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La razón esencial del recurso es la pretensión de los apelantes de que la declaración de abusividad de la cláusula suelo que contiene el préstamo hipotecario suscrito con la entidad ejecutante comporte la atribución de efectos retroactivos con devolución por la entidad bancaria de las cantidades percibidas desde la firma del contrato. La cuestión ha sido y es muy controvertida en las resoluciones de las Audiencias Provinciales. Esta Sala se alinea en la tesis de la aplicación de la irretroactividad como hace la sentencia apelada en aplicación del criterio sentado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que interpreta que la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, no puede significar sin más que sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Razona que la misma Sala ha

admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

Y argumenta también que la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013, RWE Vertrieb, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rødlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59).

Aduce la Sala Primera que: A) las cláusulas suelo son lícitas; B) que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-; C) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable"; D) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-; E) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-sino en la falta de transparencia;. F) La falta de transparencia no

deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia; G) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; H) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; I) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; J) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; K) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.

Por ello concluye la Sala Primera que procede declarar la irretroactividad de su sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Y no es óbice a aplicar la sentencia del Tribunal Supremo citada porque en el caso que resolvió se tratase del ejercicio de una acción colectiva pues esos efectos del riesgo de trastornos graves puede producirse bien porque se ejerciten las acciones colectivamente o bien individualmente cuando el número de afectados que actúan en esa forma individual puedan producir ese riesgo que la sentencia del Tribunal Supremo pretende evitar con la declaración de irretroactividad. Y porque quedaría afectada la seguridad jurídica, razón esencial de la decisión del Tribunal Supremo, si la solución variase dependiendo de que la acción ejercitada fuese la individual o la colectiva cuando la naturaleza abusiva de la cláusula es la misma en uno y otro caso. Además se vería afectado el principio de igualdad con la consiguiente repercusión en la seguridad jurídica pues recibirían distinto tratamiento, sin justificación objetiva ninguna, los consumidores afectados por la sentencia del Tribunal Supremo y los consumidores que

decidieron ejercitar sus derechos individualmente en procesos posteriores.

SEGUNDO.- Aunque se rechazan las pretensiones de impugnación de la parte apelante, no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada en aplicación Del art. 398. 1 en relación con el art. 394.1 de la L.E.Civil., dadas las dudas jurídicas que la cuestión examinada presenta con soluciones distintas y contradictorias entre las Audiencias Provinciales

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Jesús Licinio Chacón Mora y de Doña Susan Morales Al-Hamoud contra el auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Valladolid en fecha 16 de mayo de 2014, en el procedimiento a que se refiere este rollo, y confirmamos la aludida resolución sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Tribunal. Doy fe.

ANTE MÍ.

ILMA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID
SECCIÓN PRIMERA
Rollo: Recurso de apelación 231/14

AUTO N° 160/14

ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID
SECCIÓN PRIMERA

Ilmo. Sr. PRESIDENTE: D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS: D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL
D. JOSE ANTONIO SAN MILLAN MARTIN

En VALLADOLID, a seis de Noviembre de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación el presente incidente surgido en procedimiento de ejecución hipotecaria n° 274/12 del Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Valladolid, seguido entre partes, de una, como ejecutante apelada "BANCO SABADELL S.A" con domicilio social en Sabadell, representada por el Procurador D. Miguel Angel Sanz Rojo y defendida por el Letrado D. Pere Sáez Flores y de otra como ejecutada apelante D^a SANNA MESSUAB y D. MOULAY DRISS ALAQUIMODAR mayores de edad y con domicilio en Valladolid, representados por la Procuradora D^a M^a del mar Abril Vega y defendidos por la Letrada D^a Rebeca Martínez Cuadrado, sobre apelación de auto de 29.04.14.

HECHOS

PRIMERO.- Se aceptan los hechos de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 29 de Abril de 2014, se dictó auto cuya parte dispositiva dice así: " Acuerdo: No ha lugar a la Revisión

del Decreto dictado con fecha 13/03/2014 que se mantiene en su integridad, con imposición de las costas procesales a la parte recurrente."

TERCERO.- Notificado a las partes el referido auto, por la Procuradora Sra. Abril Vega en representación de los demandados se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Remitidos los autos del juicio a este Tribunal y personadas las partes, se señaló para la deliberación, votación, fallo del recurso el día 7 de Octubre último, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO SALINERO ROMAN.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se queja la parte recurrente de que pese a haber sido declarada abusiva la cláusula suelo esa declaración no tiene ninguna trascendencia en la ejecución. Sus razones han de ser desestimadas pues en el auto que resolvió su oposición a la ejecución despachada en su momento ya se estableció que la aplicación de la cláusula no tendría efecto retroactivo por lo que la no aplicación de la cláusula suelo solo producirá efectos a partir del auto de 5 de noviembre de 2013. En el auto citado, en su fundamento jurídico segundo se aplica el principio de irretroactividad de la cláusula abusiva cuando se razona que no procede la devolución de cantidades entregadas en virtud de la cláusula suelo declarada nula. Si la parte se aquietó con el auto citado carece de sentido su oposición a que la ejecución hipotecaria continúe en los términos fijados por el auto que resolvió su oposición a la ejecución estimándola parcialmente con declaración de la abusividad de la cláusula suelo. Al tratarse de una estimación parcial es obvio que no se produjo el sobreseimiento de la ejecución. La razón esencial del recurso en el fondo es la pretensión de los apelantes de que la declaración de abusividad de la cláusula suelo que contiene el préstamo hipotecario suscrito con la entidad ejecutante comporte la atribución de efectos retroactivos a la decisión judicial. No puede admitirse esa pretensión por lo ya dicho que la parte se aquietó sin recurrirlo con el auto 5 de noviembre de 2013. La cuestión ha sido y es muy controvertida en las resoluciones de las

Audiencias Provinciales. Esta Sala se alinea en la tesis de la aplicación de la irretroactividad como hace la sentencia apelada en aplicación del criterio sentado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que interpreta que la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, no puede significar sin más que sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Razona que la misma Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

Y argumenta también que la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013, RWE Vertrieb, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59).

Aduce la Sala Primera que: A) las cláusulas suelo son lícitas; B) que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-; C) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...]

casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable"; D) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-; E) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-sino en la falta de transparencia;. F) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia; G) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; H) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; I) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; J) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; K) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

Por ello concluye la Sala Primera que procede declarar la irretroactividad de su sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Y no es óbice a aplicar la sentencia del Tribunal Supremo citada porque en el caso que resolvió se tratase del ejercicio de una acción colectiva pues esos efectos del riesgo de trastornos graves puede producirse bien porque se ejerciten las acciones colectivamente o bien individualmente cuando el número de afectados que actúan en esa forma individual puedan producir ese riesgo que la sentencia del Tribunal Supremo pretende evitar con la declaración de irretroactividad. Y

porque quedaría afectada la seguridad jurídica, razón esencial de la decisión del Tribunal Supremo, si la solución variase dependiendo de que la acción ejercitada fuese la individual o la colectiva cuando la naturaleza abusiva de la cláusula es la misma en uno y otro caso. Además se vería afectado el principio de igualdad con la consiguiente repercusión en la seguridad jurídica pues recibirían distinto tratamiento, sin justificación objetiva ninguna, los consumidores afectados por la sentencia del Tribunal Supremo y los consumidores que decidieron ejercitar sus derechos individualmente en procesos posteriores.

SEGUNDO.- Aunque se rechazan las pretensiones de impugnación de la parte apelante, no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada en aplicación Del art. 398. 1 en relación con el art. 394.1 de la L.E.Civil., dadas las dudas jurídicas que la cuestión examinada presenta con soluciones distintas y contradictorias entre las Audiencias Provinciales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto a nombre de Sanna Messuab y Moulay Driss Alaquimodar contra el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid en fecha 29 de abril de 2014, en el procedimiento a que se refiere este rollo, y confirmamos la aludida resolución sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Tribunal. Doy fe.

ANTE MÍ.