

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA--GIPUZKOAKO
PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA**



SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007 Tel.: 943-000712 Fax / Faxes: 943-000701

Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 2216/2016 - O

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia /
Donostiako 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 733/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea:

Procurador/a/ Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ

Abogado/a / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

Recurrido/a / Errekurritua: CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA
LIMITADA DE CREDITO

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ

Abogado/a/ Abokatua: ASIER ENERIZ ARRAIZA

S E N T E N C I A N º 70/2017

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dª. FELIPE PEÑALBA OTADUY

D/Dª. ANA ISABEL MORENO GALINDO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a diez de marzo de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 733/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia, a instancia de XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX (apelantes - demandantes), representados por la Procuradora D^a. AINHOA KINTANA MARTINEZ y defendidos por la Letrada D^a. MAITE ORTIZ PEREZ, contra la entidad CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO (apelada - demandada), representada por la Procuradora D^a. MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ y defendida por el Letrado D. ASIER ENERIZ ARRAIZA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 16 de Marzo de 2.016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de Marzo de 2.016 el Juzgado de 1^a Instancia nº 3 de San Sebastián dictó sentencia, que contiene el siguiente Fallo:

"ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. XXXXX XXXXX XXXXXX contra Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito.

DECLARO la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés a la baja incluida en la parte final de la cláusula tercera del contrato de préstamo hipotecario firmado entre las partes el 18 de mayo de 2006 ("TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MÍNIMO. Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al DOS ENTEROS SETENTA Y CINCO POR CIENTO (2,75%)"). Se tiene por no puesta en el contrato.

CONDENO a Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito a devolver la cantidad resultante de la diferencia entre la cantidad que en concepto de intereses se ha cobrado en cada cuota desde el 9 de mayo de 2013 hasta la finalización del proceso y la que se hubiera cobrado sin aplicar la cláusula suelo mediante el cálculo del tipo de interés sumando el diferencial aplicable conforme a la escritura al Euribor. La cantidad se determinará en ejecución de sentencia y devengará el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro hasta el día de hoy y el interés de mora procesal, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde el dictado de esta sentencia hasta su pago (art.576 de la LEC).

COSTAS: dada la estimación parcial de la demanda cada parte abonará las propias y la mitad de las comunes.

De conformidad con el artículo 22 de la LCGC diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido, y, elevados los autos a esta Audiencia, se señaló día para Votación y Fallo el 6 de Marzo de 2.017.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^a. YOLANDA DOMEÑO NIETO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en todo lo que no contradigan lo que después se dirá.

PRIMERO.- Por parte de XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXX XXXXX se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de fecha 16 de Marzo de 2.016, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, en solicitud de que se dicte nueva resolución, por la que, con estimación total del presente recurso de apelación, se condene a la demandada Caja Rural de Navarra a la devolución de cuantas cantidades, sin limitación temporal, detrato, por aplicación de la cláusula declarada nula en el procedimiento que nos ocupa, y, en consecuencia, y dado que la estimación del presente recurso de apelación significaría la estimación íntegra de la demanda interpuesta, se imponga la condena al pago de las costas de segunda instancia a dicha demandada, así como la condena al pago de las costas de la segunda instancia, si formulara oposición al recurso de apelación.

Y alega para fundamentar su recurso que la sentencia dictada no se ajusta a la normativa que se ha ido señalando en este proceso judicial, por cuanto tal doctrina resulta contraria a disposiciones generales reguladoras de los efectos de la nulidad contractual recogidas en nuestro ordenamiento, así como a normas específicas en relación con la declaración de abusividad de cláusulas insertas en contratos suscritos por consumidores, que el Ordenamiento Español parte de la base, indiscutible, de que la declaración de nulidad de un contrato, o de una cláusula integrada en el mismo, si el contrato subsiste tras su expulsión, exige la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo, o de la cláusula declarada nula, como forma de

borrar las consecuencias y los efectos que de aquélla pudieran, a su vez, derivarse, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum productit*, que la declaración de nulidad de la cláusula, cuya abusividad se invoca, significaría que la demandada Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito debería reintegrar todas las cantidades que, como consecuencia de su aplicación, ha percibido de ellos, haciéndola desaparecer del contrato, que la sentencia del TS, de 9 de Mayo de 2.013, en el párrafo 293, letra K, señala que resulta notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves, con trascendencia al orden público económico, pero ellos discrepan de este razonamiento, pues no se puede calificar como notorio que la retroactividad de la sentencia generaría trastornos graves con esa trascendencia en el orden público económico, sin haberse cuantificado el importe de dicha retroacción, y, además, entienden que también la economía de las familias constituye parte de ese entramado, que se viene en denominar orden público económico y que nuestro Tribunal Supremo pretende proteger, de manera que la recuperación por las familias afectadas de las cantidades que les fueron detraídas, por aplicación de la cláusula suelo declarada nula, hubiera significado un importante alivio para ellas, así como un importante estímulo al propio sistema económico, y que ello ha llevado a que sean varias las Audiencias Provinciales que, junto con algún Juzgado de lo Mercantil, albergando serias dudas, hayan planteado cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el recurso interpuesto por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX es evidente que tan solo se cuestionan por los mismos los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, en lo que respecta a los efectos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo por ellos suscrito y a la condena en costas, solicitando su revocación y el dictado de otra ajustada a sus pretensiones, al estimar que se ha producido un error por parte de la Juzgadora de instancia en la valoración de la prueba practicada y una incorrecta aplicación al caso de la normativa pertinente y reguladora de la materia de que se trata, razón por la cual procede analizar las actuaciones, a fin de determinar si esa prueba ha sido o no correctamente valorada y si han sido o no aplicadas al caso las normas legales vigentes, y, por ello, si los motivos alegados se encuentran fundamentados y procede, en consecuencia, acceder a las peticiones por ellos formuladas.

SEGUNDO.- Y, por lo que hace referencia al motivo de recurso alegado por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en primer lugar, y conforme al cual los mismos sostienen, como ya se ha indicado, que la sentencia dictada no ha valorado adecuadamente lo actuado en el presente procedimiento y no se ha ajustado a la normativa que resulta aplicable al caso, dado que la doctrina tomada en consideración en la resolución impugnada resulta contraria a las disposiciones generales reguladoras de los efectos de la nulidad contractual, que se encuentran recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, así como a las normas específicas en relación con la declaración de abusividad de cláusulas insertas en contratos suscritos por consumidores, dicho motivo ha de ser estimado, por cuanto

que el mismo se encuentra totalmente justificado, si se tiene en cuenta la circunstancia de que se ha dictado sobre este extremo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de Diciembre de 2.016, que ha de ser lógicamente aplicable a este caso que nos ocupa.

En efecto, tras el acuerdo adoptado en la sentencia de instancia de declarar la nulidad de la cláusula controvertida, se ha resuelto en ella que procede la condena de la "Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito a devolver la cantidad resultante de la diferencia entre la cantidad que en concepto de intereses se ha cobrado en cada cuota desde el 9 de mayo de 2013 hasta la finalización del proceso y la que se hubiera cobrado sin aplicar la cláusula suelo mediante el cálculo del tipo de interés sumando el diferencial aplicable conforme a la escritura al Euribor", no obstante la solicitud formulada al respecto por XXXXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX en su escrito de demanda, razón por la cual han solicitado la revocación de la misma, y es lo cierto que dicha pretensión ha de ser aceptada, señalando que procede igualmente condenar a la citada entidad a devolver a los citados demandantes todo el importe percibido con motivo de la aplicación de esa cláusula declarada nula desde la fecha de la suscripción del contrato, con sus intereses legales, en concreto con el interés legal devengado desde la fecha de cobro de cada uno de los importes vencidos.

TERCERO.- Y ello es así, por cuanto que si bien es cierto que se ha determinado en la sentencia de instancia que la declaración de nulidad de la cláusula controvertida había de surtir sus efectos desde la sentencia de fecha 9 de Mayo de 2.013, tal y como la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo había establecido a este respecto, se da la circunstancia de que también a este respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado en fecha 21 de Diciembre de 2.016 una sentencia que dice, y se menciona textualmente, lo siguiente:

“56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

57 Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

58 En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el

consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

59 En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).

60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes”.

Y también en la misma sentencia se determina, a continuación, lo que sigue:

“72 Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho

carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

En consecuencia con lo expuesto, y tras el dictado de la mencionada resolución, en espera de la cual se acordó por esta Sala la suspensión de la tramitación del presente procedimiento, no puede por menos que concluirse que la petición formulada por XXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXX XXXX en su escrito de recurso, en cuanto a este extremo relativo a los efectos de la nulidad declarada en relación a la cláusula analizada, ha de ser estimada, revocando el pronunciamiento contenido al respecto en la resolución recurrida y acordando que resulta oportuna la condena de la entidad demandada Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito a que proceda a devolver a los citados demandantes la cantidad resultante de la diferencia entre la cantidad que en concepto de intereses se ha cobrado en cada cuota desde la fecha de la suscripción del contrato, hasta la finalización del proceso, y la que se hubiera cobrado sin aplicar la cláusula suelo mediante el cálculo del tipo de interés sumando el diferencial aplicable conforme a la escritura al Euribor.

CUARTO.- Y, por lo que hace referencia al motivo de recurso igualmente formulado por XXXXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, a través del cual impugnan el pronunciamiento contenido en la resolución recurrida, en virtud del cual se acuerda, en cuanto a las costas, que "dada la estimación parcial de la demanda cada

parte abonará las propias y la mitad de las comunes", dicho motivo ha de ser también estimado, por cuanto que, una vez verificado el examen de las actuaciones, y más concretamente del escrito iniciador de la presente demanda, de la oposición a la misma verificada por la referida entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, de la sentencia dictada en la primera instancia y de la dictada en esta alzada, resolviendo todos los extremos objeto de controversia entre las partes, se constata que el pronunciamiento verificado en relación a las costas por la Juzgadora a quo no resulta correcto, si se tiene en cuenta la circunstancia de que las pretensiones de los citados demandantes han sido estimadas en su totalidad, por lo que es evidente que resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el apartado 1º del art. 394 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en el párrafo 1º de su primer apartado que "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho", añade en el segundo párrafo del mismo apartado que "Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares", y establece en su apartado 2º que "Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad", y, dado que en el presente caso se han estimado en su totalidad las pretensiones que fueron formuladas por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en su escrito de demanda, es evidente que ese pronunciamiento estimatorio de todas las peticiones formuladas en la demanda ha de conducir a la imposición a la parte demandada de las costas ocasionadas en el curso del procedimiento de que se trata.

En consecuencia con lo expuesto, y teniendo en cuenta que la demanda interpuesta y las alegaciones en ella contenidas se hallaban totalmente justificadas, pues han sido estimadas las pretensiones en la misma planteadas y se ha rechazado también en su totalidad la oposición formulada por parte de la entidad Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito en el escrito por ella presentado, procede la imposición a dicha demandada de las costas devengadas con motivo de su tramitación, por lo que el recurso interpuesto por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en lo que a este extremo hace referencia, ha de ser en igual forma estimado y revocada parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido ya indicado de señalar que procede también la condena de la referida entidad a que abone el importe de las costas que se han devengado en el curso de la primera instancia, con motivo de la tramitación en ella de este procedimiento.

QUINTO.- Puesto que ha sido estimado el recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, no procede verificar consideración alguna en cuanto al importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en

relación con el ya citado art. 394 del mismo cuerpo legal, por lo que cada parte abonará las por ella ocasionadas y las comunes por mitad.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que, estimando en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX XXXXX contra la sentencia de fecha 16 de Marzo de 2.016, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada resolución en el sentido de señalar que resulta oportuna la condena de la entidad demandada CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO a que proceda a devolver a los citados demandantes la cantidad resultante de la diferencia entre la cantidad que en concepto de intereses se ha cobrado en cada cuota desde la fecha de la suscripción del contrato, hasta la finalización del proceso, y la que se hubiera cobrado sin aplicar la cláusula suelo, mediante el cálculo del tipo de interés, sumando el diferencial aplicable conforme a la escritura al Euribor, y en el sentido de señalar que procede también la condena de la referida entidad a que abone el importe de las costas que se han devengado en el curso de la primera instancia, con motivo de la tramitación en ella de este procedimiento, manteniendo, por el contrario, el resto de los pronunciamientos en la misma contenidos, y, todo lo expuesto, sin verificar consideración alguna en cuanto al importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia, por lo que cada parte abonará las por ella ocasionadas y las comunes por mitad.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.