



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3
BURGOS**

fecha
notificación
15/02/2017

SENTENCIA: 00053/2017

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
BURGOS**

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA N° 10
Telf : 947259950
Fax : 947259952
Modelo : 001370
N.I.G.: 09059 42.1 2014 0010053
ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000126 /2016
Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS
Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000608 /2014

RECURRENTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
RECURRIDO: [REDACTED]
Procurador: ALEJANDRO RUIZ DE LANDA
Abogado: GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **Dª MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N° 53.

En Burgos, a diez de febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 126 de 2.016, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 608/14, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, el Recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2.015, sobre nulidad cláusula suelo y reclamación de cantidad, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandantes-apelados, [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED], representados por el Procurador D. Alejandro Ruiz de Landa y defendidos por el Letrado D. Gustavo Adolfo Pietropaolo Jiménez; y, como demandado-apelante, el "BANCO POPULAR ESPAÑOL", representado por el Procurador [REDACTED]

[REDACTED] Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero, que expresa el parecer de la Sala.

Firma no válida

Firmado por: MELGOSA CAMARERO,
JOSE IGNACIO
CN=AC FNMT I...=Ceres,
O=FNMT-RCM, ES

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Ruiz de Landa contra "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.", representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y declaro la nulidad de las estipulaciones contenidas en el préstamo hipotecario celebrado con los demandantes que establecen un tipo mínimo de interés / tipo máximo de referencia, condenando a la demanda a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los demandantes; condeno a la entidad demandada a la devolución a los actores de las cantidades que en concepto de interés han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la estipulación impugnada, durante el período de vigencia del contrato de préstamo y cuya cantidad que será determinada en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubieses tenido que efectuar el demandante en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro, condenando a la demandada reintegrar a los demandantes lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de interés a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo y manteniendo lo demás la vigencia del contrato; todo ello con imposición de las costas generadas".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la demandada se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, quedando el trámite en suspenso hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, una vez resuelta dicha cuestión se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero de 2.017, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la representación procesal del banco demandado se formula recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia del Juzgado Mercantil de Burgos que estimando la demanda interpuesta contra tal entidad bancaria declara nula por abusiva la cláusula del contrato de préstamo hipotecario que liga las partes, en las que se establece un límite a las revisiones del tipo de interés ordinario fijando un mínimo del 4%, manteniendo en lo demás la vigencia del contrato, y condena a la entidad demandada a estar y pasar por tal pronunciamiento y a restituir a la parte demandante las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente desde la formalización del contrato de préstamo con sus intereses legales, condenando igualmente a la demandada al pago de las costas procesales. El banco apelante limita la apelación al pronunciamiento que le condena a restituir los intereses abonados indebidamente, es decir por aplicación de la cláusula de limitación de la variación del interés ordinario pactado con la fijación de un mínimo ("cláusula suelo") desde la formalización del contrato de préstamo hipotecario, solicitando que se revoque tal pronunciamiento de condena y se limite ésta al reintegro de los intereses indebidamente abonados desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y asimismo se revoque la imposición de las costas en la primera instancia por implicar lo anterior la estimación parcial de las pretensiones deducidas en la demanda, y todo ello conforme la doctrina jurisprudencial contenida en la referida Sentencia y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, que la apelante estima ha sido vulnerada por la sentencia de instancia que es objeto de recurso. La demandante apelante se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

Segundo.- No se cuestiona en esta alzada la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula del préstamo hipotecario que liga a las partes y que limita la variabilidad del tipo de interés ordinario fijando un mínimo ("cláusula suelo") pues tal pronunciamiento no se ha impugnado, con lo cual el debate en esta instancia se circunscribe a las consecuencias jurídicas que conlleva tal anulación y en concreto si los intereses indebidamente cobrados por el banco a resultas de la aplicación de tal cláusula deben ser reintegrados desde la fecha originaria del contrato de préstamo, o más concretamente desde que la mentada cláusula comenzó a aplicarse en el contrato, tal como establece la sentencia de instancia en consonancia con lo pedido por la parte actora, o si bien el reintegro debe limitarse desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, tal como pretende el banco recurrente.

La recurrente funda su pretensión en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada en las Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de

marzo de 2015, que es la seguida por este Tribunal, y conforme a la cual declarada nula por abusiva una cláusula de limitación de la variación del interés de un préstamo por fijación de un mínimo, sólo deben reintegrarse los intereses indebidamente cobrados por la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de publicación de la primera Sentencia de 9 de mayo de 2015 en la que se fijó la doctrina sobre el carácter abusivo de tales cláusulas por no respetar los requisitos de transparencia que deben reunir las cláusulas no negociadas insertas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor o usuario.

Pues bien, la cuestión debe ser resuelta conforme la reciente **Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016** en la que dando respuesta a varias cuestiones prejudiciales suscitadas por órganos judiciales españoles concluye declarando que:

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.”

Señala el Tribunal de Luxemburgo en el apartado 72 de dicha Sentencia que: *“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”, y en el apartado 73 que: “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)", y por ello en el apartado 74 concluye que: "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)" y finalmente en el apartado 75 que: "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".

Pues bien, estando este Tribunal obligado a resolver conforme la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, la cuestión controvertida debe resolverse en el sentido que una vez declarada la nulidad por abusiva la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés por fijación de un mínimo, y ello con independencia que tal declaración de abusividad se funde en la falta de requisitos de incorporación de la cláusula al contrato o en la ausencia de los requisitos de transparencia material, las consecuencias jurídicas que debe tener tal declaración no pueden ser otra que la no vinculación de las misma para el prestatario consumidor conforme señala el art. 6-1 de la citada Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, y con ello la nulidad con efectos originarios o retroactivos de la misma, lo cual por otra parte es conforme al art. 1.303 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta que dispone que un contrato o cláusula del mismo que sea declarado nulo no produce efectos jurídicos desde la misma celebración del contrato, por todo lo cual el banco prestamista que impuso la

cláusula nula por abusiva queda obligado a restituir al prestatario consumidor todos los intereses ordinarios cobrados de más de forma indebida por aplicación de la citada cláusula desde el origen del contrato o desde que tal cláusula tuvo aplicación en la vida contractual, sin que quepa limitar la restitución a la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, pues tal limitación es contraria al art. 6-1 de la mentada Directiva 93/13/CEE y la doctrina fijada sobre el mismo por la susodicha Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

Por todo ello debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia de instancia en el pronunciamiento que condena al banco demandado a devolver a la parte demandada los intereses indebidamente cobrados desde el origen del contrato de préstamo por aplicación de la cláusula declarada nula por abusiva.

Tercero.- En materia de costas procesales las mismas deben imponerse al banco demandado y apelante tanto en la primera instancia como en esta alzada, y ello conforme a lo dispuesto en los arts. 394-1 y 398-1 de la LEC para las costas de la primera y la segunda instancia respectivamente.

Es cierto que el recurso de apelación formulado por el banco demandado se funda en la doctrina del Tribunal Supremo fijada en las Sentencia de 9 de mayo de 2015 y 25 de marzo de 2015 que a su vez era seguida por este Tribunal, y en tal sentido puede considerarse que el recurso estaba fundado en la doctrina jurisprudencial vigente cuando se interpuso y que el cambio de la misma como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, que declara que tal doctrina se opone a la interpretación del art. 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, debe dar lugar a la no imposición de costas procesales por apreciar serias dudas de Derecho. Cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo al respecto no era definitiva, pues estaba cuestionada ante el Tribunal de Luxemburgo con la formulación de varias cuestiones prejudiciales, y por lo tanto se sabía que la misma podía ser corregida dado en último término era el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien iba a fijar la doctrina sobre las consecuencias jurídicas de la anulación de la cláusula suelo por abusiva.

Aquí hemos de señalar que la no imposición de costas procesales por apreciación de serias dudas de hecho o de Derecho es una excepción al principio general del vencimiento que obliga a imponer las costas a la parte vencida en juicio que ve desestimadas sus pretensiones, y que tal apreciación es una facultad privativa del tribunal, y en el presente caso se considera oportuno no aplicar tal facultad, en base a dos consideraciones: primera, que tal como señaló el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de marzo de 2015 no es conforme a la buena fe la postura de las entidades financieras que conociendo que las "cláusulas suelo" insertas en los contratos de préstamo por ellas concedidas no reúnen los requisitos de

transparencia material fijados por tal Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 no dejaron de aplicarlas a partir de la fecha de tal Sentencia, obligando con ello a los prestatarios consumidores a acudir a los tribunales solicitando la tutela judicial de sus derechos y la anulación de las citadas cláusulas, promoviendo un procedimiento que es muy probable que se hubiera evitado si los bancos obrando de buena fe hubieran suprimido la aplicación de las citadas cláusulas suelo desde que por la referida Sentencia de 9 de mayo de 2013 se fijó la doctrina sobre su abusividad por falta de transparencia, pudiendo por ello concluirse que el banco es el primer responsable de la existencia de este procedimiento; y la segunda, que en materia de gastos generados por el procedimiento la posición de la entidad bancaria y el prestatario consumidor es asimétrica en el sentido que mientras que las entidades bancarias son grandes empresas con importantes recursos, que disponen de servicios jurídicos permanentes y, en su caso tienen contratados letrados que defiendan sus intereses con carácter general, por lo cual el pleito por regla general no les supone un coste económico importante si no media imposición de costas, por el contrario el prestatario consumidor medio tiene que contratar los servicios específicos de profesionales que defiendan sus intereses en este asunto concreto, lo cual para una economía doméstica media supone un gasto económico importante del que sólo se puede resarcir si obtiene la condena en costas de la parte contraria vencida en juicio, por todo lo cual es de justicia material que el prestatario que ha visto estimadas todas sus pretensiones pueda obtener una condena en costas del banco demandado, que como hemos dicho es en cierto modo responsable del presente pleito que para el prestatario consumidor ha supuesto un importante gasto económico, que en términos relativos no lo tiene para el banco. Cuestión distinta sería si el banco demandado hubiera eliminado la "cláusula suelo" del contrato desde que se conoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y pese a ello el prestatario hubiera reclamado al banco la devolución o reintegro de los intereses cobrados indebidamente desde el origen del contrato, pero este no es el caso, pues lejos de haber eliminado la citada "cláusula suelo" el banco siguió aplicándola, sabiendo que no reunía los requisitos de transparencia fijados por el Tribunal Supremo, y cuando fue demandado por el prestatario consumidor se opuso a todas las pretensiones deducidas, no sólo a la restitución de los intereses desde la fecha del contrato de préstamo, con todo lo cual no puede señalarse que su actuación haya estado presidida por la buena fe, no siendo por ello merecedor que el tribunal haciendo uso de la facultad que le otorga la ley no imponga las costas por apreciar serias dudas de hecho o Derecho.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S. M. el Rey de España, administrando la justicia que emana del pueblo español y ejercitando la potestad jurisdiccional que la Constitución y las leyes confiere a este tribunal

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A." contra la Sentencia nº 361/15, de 16 de noviembre dictada en Autos del Juicio Ordinario nº 608/14, del Juzgado Mercantil de Burgos y, en su consecuencia, confirmar tal Sentencia en todos sus pronunciamientos, imponiendo las costas procesales generadas en esta alzada a la parte apelante.

La desestimación del recurso conlleva la pérdida por el apelante del depósito para recurrir previsto en la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.