



Teléfono: 922 34 94 18

Fax.: 922 34 94 18

Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Recurso de apelación Nº proc. origen:  
0000908/2016-00Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa  
Cruz de Tenerife

## SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz

Doña Pilar Aragón Ramírez

En Santa Cruz de Tenerife, a 2 de julio de 2.019

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA núm. 6 DE LA LAGUNA, en los autos núm. 327/2016, seguidos por los trámites del juicio Ordinario, sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad y promovidos, como demandante, por

, representados por la Procuradora doña Sonia González González y dirigidos por la Letrado doña **Carolina García Santos**, contra la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora doña Angeles García-Sanjuán Fernández del Castillo y dirigida por la Letrado doña Miriam Campelo Gutiérrez, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Magistrado doña Pilar Aragón Ramírez, con base en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

**SEGUNDO.**- En los autos indicados la Ilma.

dictó sentencia el siete de septiembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor





literal siguiente: «FALLO:**Estimando la demanda** promovida por

, representados por la Procuradora Dña. Sonia González González, contra la entidad CAIXABANK, S. A., representada por la Procuradora Dña. María de los Ángeles García Sanjuán Fernández del Castillo:

**1.- Declaro la nulidad** de la estipulación referente a la “cláusula suelo” inserta en el contrato de préstamo suscrito por los demandantes y la demandada el día 6 de agosto de 2002, en virtud de la cual se fijó como límite mínimo a la variación de los tipos de interés un 3,95%, todo ello manteniéndose la vigencia del resto del contrato, en todos su términos, sin la aplicación de ningún límite mínimo del tipo de interés.

**2.- Condeno a la entidad demandada** a restituir a los demandados las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dicha cláusula desde la incorporación al contrato de la misma, todo ello a determinar en ejecución de sentencia mediante la realización del cálculo matemático consistente en restar a las cantidades realmente abonadas desde dicha fecha, las que se deberían haber abonado conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene -sin cláusula suelo-, con todos los efectos a ello inherentes en cuanto a la modificación del capital pendiente de amortización y la realización de las revisiones sucesivas, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, condenando a la entidad demandada igualmente a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable sin la aplicación de la cláusula suelo

**3.-** Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada. ».

**TERCERO.-** Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

**CUARTO.-** Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintiséis de junio del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** **Contra la sentencia dictada en primera instancia se alza la entidad bancaria condenada y, como** motivos de fondo del recurso, y en lo que se refiere a la nulidad de la cláusula suelo, la apelante alega error en la valoración de la prueba por parte de la juez a quo, por lo que la Sala ha procedido a revisar nuevamente todas las actuaciones

Hecho esto, se concluye que procede confirmar la sentencia dictada en primera instancia por sus propios fundamentos (que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones), que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso. En este sentido, el Tribunal Supremo mantiene (por ejemplo, en Autos de fecha 31 de



julio de 2007, 14 de abril de 2.009 y 8 de enero de 2.013, amparando su decisión en sentencias del Tribunal Constitucional números 174/87, 24/96 y 115/96), que *“no son incongruentes ni faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano “a quo”, cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito”*.

Todas las cuestiones planteadas en el recurso fueron acertadamente tratadas y resueltas por el tribunal de primera instancia.

Si bien en la segunda instancia es factible realizar un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, no puede olvidarse que en aquellos aspectos en que el objeto del recurso se refiere a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal “a quo”, el juez, que ha gozado de la facultad de practicar esas pruebas con total inmediación, tiene elementos más reales y fundados –privilegiados- para su mejor apreciación y valoración.

**SEGUNDO.**-Así, en el presente caso, el análisis del material probatorio efectuado por el tribunal de primera instancia no sólo es amplio y detallado, sino acertado en sus conclusiones jurídicas. No obstante, para dar una respuesta completa a las cuestiones planteadas en el recurso procede hacer algunas matizaciones.

Para ello pasa a reproducirse lo declarado por esta Sala en la sentencia de 8 de mayo de 2.017, en que se analiza un caso igual al presente, siendo la entidad financiera la misma y los alegatos de su recursos básicamente iguales.

En la citada resolución se dice lo siguiente: “La aparte apelante insiste en la claridad con que fue redactada dicha cláusula, pero si bien ello pudiera ser cierto en un análisis en que no se tuviera en cuenta el contexto en que fue insertada, no lo es, como señala la propia parte, cuando dicha cláusula se inserta dentro de la maraña de supuestos que regulan los intereses ordinarios, y es por ello que resulta enmascarada entre las mismas como si fuera un apartado más de la regulación de la remuneración del préstamo, cuyos intereses se pactan a un tipo variable, cuando en realidad se está introduciendo un tipo inferior (suelo) fijo.

Sobre la información facilitada al usuario, se limita a reafirmar lo que ya afirmó en primera instancia, pero sin responder a los argumentos de la sentencia sobre la carga probatoria que le incumbía sobre tales extremos.

Es cierto que la abusividad de la cláusula suelo no se fundamenta principalmente en la falta de equilibrio o de reciprocidad de prestaciones (a lo que se alude como elemento coadyuvante: falso techo), sino sobre el control de transparencia, control que predica la STS de 9 de mayo de 2.013, en su parágrafo 197, transcrito en el recurso: primordialmente la falta de información de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Es contradictorio que la constatación de que se trata de un elemento esencial del contrato sirva de base a la apelante para sostener que ello excluye la posibilidad de controlar su contenido”.

De otra parte hay que decir que no puede eludirse la obligación de información que corresponde a la entidad bancaria pretendiendo delegarla en la mercantil Criterium Publicidad, primitiva prestataria en cuyo lugar se subrogaron los demandantes, pues el nuevo contrato, con novación subjetiva, estaba suscrito entre el banco y aquellos..

**TERCERO.**- En el siguiente motivo del recurso se denuncia la infracción de la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras posteriores sobre los efectos de la nulidad al no limitar la devolución de lo indebidamente cobrado a partir de la fecha de dicha sentencia,



como estableció el Tribunal Supremo.

En la misma sentencia del día 8 de mayo de 2.017 ya se dice lo que sigue: “Esa doctrina que fue inusualmente contestada, incluso en alguna resolución por este Tribunal, ha dejado de tener aplicación a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2.016 (motivo por el que se acordó en su día la suspensión del trámite del recurso) al ser contraria a la doctrina que al respecto venía sosteniendo dicho Tribunal, que se reitera en la misma, y de la que podemos destacar los siguientes apartados:

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.

72, 73 y 75.- 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 2.013, equivale, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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 este 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 periodo anterior al 9 de mayo de 2.013. De lo que se deduce que esa jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que estén en la situación más arriba descrita, por lo que la protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, lo que va en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva, por lo que cabe concluir que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional como la sentada por el Tribunal Supremo, que limita los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado por un consumidor con un profesional.

Finalmente, sobre el tema de la seguridad jurídica y el trastorno grave a la economía nacional, cuestiones que ni siquiera merecen mención en la STUE, este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia número 255/2.015, de 8 de octubre, dictada en el rollo de apelación nº 143/2.015, si bien se trataba de una sentencia unipersonal, a la que nos remitimos”.

**CUARTO.-** 1. Procediendo la desestimación de ambas alegaciones del recurso, la sentencia apelada debe confirmarse en su integridad.

2. En cuanto a las costas de la segunda instancia, esta misma Sección ha venido manteniendo hasta la fecha que la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, ya citada, había venido a clarificar las serias dudas de derecho que existían sobre la cuestión de la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula, de modo que la decisión del recurso de apelación tenía su fundamento en dicha sentencia y por tanto en un hecho nuevo posterior a la resolución impugnada, por lo que esas circunstancias (las serias dudas de derecho y el hecho sobrevenido mencionado –cambio de jurisprudencia-) justificaban la no imposición de



las costas a la entidad apelante de acuerdo con lo establecido en el art. 398.1, en relación con el art. 394, ambos de la LEC.

3. Sin embargo, ese criterio no ha sido mantenido por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que en su sentencia de 4 de julio de 2.017 (Id Cendoj: 28079119912017100018) señala lo siguiente:

*“ [ ... ] en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, debido a la estimación del recurso de casación del demandante, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva ( art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13 ).*

*A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 , Olimpiclub)”.*

Sobre esa la base de esas consideraciones la Sala termina concluyendo *“que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado.”*

No obstante y por un lado, la misma sentencia matiza que la solución se adopta *“sin perjuicio”* de que otros supuestos –*“recursos”*- presenten peculiaridades propias que justifiquen otra decisión; por otro lado, alude a que la solución en ese caso se justifica también en la actitud de la entidad demandada durante todo el proceso y en prácticamente todas las instancias, que describe y de la que dimana una tenaz, persistente y continuada oposición no solo a los efectos de la nulidad de la cláusula, sino a la procedencia misma de la pretensión de nulidad, planteando excepciones procesales y alegando razones de fondo para negar el carácter abusivo de la cláusula determinante de su nulidad.

4. Considera esta Sección que debe ajustar su criterio al mantenido por el Tribunal Supremo en esa reciente sentencia, al margen de la significación que tenga como genuina doctrina jurisprudencial, y ello por estrictas razones de seguridad jurídica (que no deja de ser un principio con relevancia constitucional –art. 9.3 de la CE-). En función de ello y a salvo de otros supuestos en los que aparezcan otras peculiaridades, se entiende que solo cabe la no imposición de las costas cuando el recurso de apelación se funde única y exclusivamente en la improcedencia de los efectos declarados en la sentencia apelada por no ajustarse a los criterios de la doctrina del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (doctrina rectificada por la sentencia del TJUE ya citada), pero no cuando, junto con esa alegación, en el recurso se impugne también la declaración misma de la nulidad por la condición de abusiva de la cláusula,



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



y sobre esta cuestión haya versado el análisis y el pronunciamiento del tribunal de la apelación.

5. Aplicando tal criterio al presente caso, las costas de la segunda instancia deben imponerse a la parte apelante de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1, en relación con el art. 394, ambos de la LEC, pues el objeto de su impugnación era tanto la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, como los efectos restitutorios e inherentes a la nulidad declarada.

**FALLO:** Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caixabank S.A., se confirma la sentencia dictada en primera instancia con imposición a la recurrente de las costas causadas en esta alzada, y con pérdida del depósito que haya constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrá ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

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

