

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

SENTENCIA DE 08 DE OCTUBRE DE 2015

Recurso 143/2015

Ponente: D. Emilio Fernando Suárez Díaz

En Santa Cruz de Tenerife, a ocho de octubre de dos mil quince.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, constituida por el Magistrado don Emilio Fernando Suárez Díaz, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de La Laguna, en los autos núm. 428/14, seguidos por los trámites del juicio verbal, sobre reclamación de cantidad y promovidos, como demandante, por don Cristobal, representado en por la Procuradora doña Sandra Reyes González y dirigido por el Letrado don Antonio Santana Pérez y María Iluminada Amador Amador, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARÍA, representado por la Procuradora doña María Yurena Sicilia Socas y dirigido por el Letrado doña Violeta Cabrera Tosté y doña Montserrat Ribes Febles, ha pronunciado la presente sentencia con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- En los autos indicados el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez doña María Mercedes Santana Rodríguez dictó sentencia el ocho de enero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda Interpuesta por la Procuradora Dña. Sandra Reyes González, actuando en su propio nombre y representación de D. Cristobal asistido por la Letrada Dña. María Iluminada Amador Amador contra BBVA, representado por la Procuradora Dña. María Yurena Sicilia Socas y asistida por la Letrada Dña Montserrat Ribes Febles y en su consecuencia debo condenar y condeno al demandado a que abone a la adora la cantidad de 5.036,24 euros de principal y los intereses legales devengados por la misma desde el momento de presentación de la demanda hasta el completo pago del principal, incrementados a partir de esta resolución en la forma determinada en el artículo 576 NLEC. En materia de costas procede la condena al demandado vencido en esta primera instancia".

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que solicitaba que se tuviera por interpuesto por escrito recurso de apelación con exposición de las alegaciones en que se 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 al mismo a esta Sección, se acordó, una vez recibidos., Incoar el presente rollo y la constitución de la Audiencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con un solo Magistrado, correspondiendo el conocimiento del mismo y según las normas de reparto en vigor al Magistrado ya mencionado en el encabezamiento de esta sentencia, al que se pasaron los autos a tales efectos.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En lo esencial, 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".

SEGUNDO.- Salvo lo que luego se dirá, todas las cuestiones planteadas en el recurso fueron tratadas y resueltas de forma acertada 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.

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, conviene hacer una serie de precisiones para dar una respuesta más pormenorizada a algunas de las cuestiones planteadas con trascendencia para la resolución del recurso.

TERCERO.- El recurso de apelación se articula sobre tres motivos: (i) se insiste en la existencia de cosa juzgada, (ii) se hacen una serie de consideraciones acerca del principio de seguridad jurídica en relación con los efectos retroactivos parciales de la nulidad de cláusulas suelo declarada por la STS de 9 de mayo de 2.013, (iii) considera la apelante que se ha producido error en la fijación de la cantidad reclamada.

CUARTO.- Respecto al primer motivo, convenimos en que el actor no ejercita la acción individual de nulidad de la cláusula suelo, sino la acción individual de devolución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de una cláusula declarada nula por los tribunales en virtud de una acción colectiva, por lo que si bien podría parecer que lo que pretende es dar afectividad a una parte de la STS (la que así lo declaró), y no a la otra (la referida a la eficacia retroactiva limitada de la nulidad declarada), ello no es así, pues si bien en la demanda se cita como antecedente la firmeza de esa sentencia, en realidad la pretensión se arma a partir de que la entidad demandada (condenada a eliminar dichas cláusulas de los contratos en que estén insertas) así lo asumió, dejando de aplicar dicho mínimo al actor desde la fecha de tal resolución. En este sentido se pronunció la SAP de las Palmas, Sección 4ª, de 26 de noviembre de 2.014.

QUINTO.- Sobre el principio de seguridad jurídica, la sentencia recurrida contiene un amplio y pormenorizado estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación a los requisitos (buena fe y riesgo de trastornos graves al orden público económico) que han de concurrir para que no se apliquen los efectos normales previstos en el art. 1303 del Código Civil respecto a la nulidad de cláusulas contractuales. Por su parte, la mercantil

demandada sostiene, como principal argumento en contra de la retroactividad total, que la STS de 9 de mayo de 2013 no la reconoce, de tal forma que ésta 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 la sentencia.

Dado que la entidad apelante plantea el tema de la retroactividad desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no está por demás recordar que, en principio, **no se trata ni puede confundirse la acción de nulidad ejercitada con la acción de nulidad contractual prevista en el Código Civil, ya que el amparo normativo de la primera se encuentra inicialmente en la normativa comunitaria -cuya aplicación es imperativa- acerca de la protección de los consumidores y usuarios, normas que no solo han sido traspuestas al derecho español, sino que, en la actualidad, ya tienen un reflejo jurisprudencial tanto a nivel comunitario como nacional.**

Es por ello, que dada la efectiva novedad de las normas aplicables y su extenso ámbito territorial, al margen de los supuestos concretos que las distintas resoluciones judiciales resuelven, y precisamente para evitar la arbitrariedad de los conceptos aplicables, se hace necesario y conveniente para dar fundada respuesta en derecho a las pretensiones de las partes, estará la doctrina jurisprudencial elaborada en la aplicación de las normas, y todo ello de acuerdo al principio de legalidad y a las fuentes del derecho.

Con base a lo anterior, en primer lugar, procede recoger y resumir la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo nº 241/2013 de 09 de mayo de 2013, en cuyos fundamentos; A) Sexto, da cumplida respuesta a la legalidad del control de las cláusulas abusivas: " 1.1. La situación de inferioridad da los consumidores. 108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se baila en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apañado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM, y otras muchas. 1.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas. 109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, 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, dispone que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lizing, apartado 47; 15 de marzo de 2012, Pereniéová y Perenié, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. Catalunya Caixa, apartado 45). B) Décimo, establece cual debe ser el control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato,

entre las que se encuentra la analizada cláusula suelo-techo: "181. Precisamente porque eran un elemento esencial del contrato, la sentencia recurrida denegó que pudiesen ser consideradas condiciones generales de la contratación, lo que hacía innecesario examinar los límites al posible control de su abusividad.... 2.1. El objeto principal del contrato. 184. El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que "(...) a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor". 185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "(l)a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". 186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida: a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual. b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se mira al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva, c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo. 187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre "(l)as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas portas que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva". 188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". 189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato. 190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. 2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato 191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es

abusivo. 192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "(...) la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "(La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (...)" 193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "(...)no se puede impedir que los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "(...) no se oponen a una normativa nacional (...), que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". 194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "(...) hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o la adecuación del precio o de la remuneración", 195 En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio; 663/2010, de 4 de noviembre; y 861/2010, de 29 de diciembre, apuntaron, más o menos obiter dicta (dicho de paso) la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, HC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LC- en el artículo 10.1.c, en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio, 2.3. Conclusiones. 196. De lo expuesto cabe concluir: a) Que las cláusulas suelen examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

Dicho esto, también conviene resaltar que **la doctrina jurisprudencial, siempre ha venido declarando el efecto retroactivo absoluto de la declaración de nulidad** (art. 1.303 CC) como efecto propio y "ex lege", no necesitado de petición expresa (STS 22-11-05, entre otras). En realidad, lo que hace es aplicar el claro mandato establecido en el art. 1303 del Código Civil, como también su finalidad, cual es, "la de

restablecerla situación económica entre las partes previa al efecto invalidador, en aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, pues de no acordarse ese efecto restitutorio se aprovecharía la parte que precisamente dio lugar a la patología contractual" (STS de 30 de diciembre de 1996, 11 de febrero de 2003 y 22 de abril de 2005, entre otras). Si bien es verdad que las STS que afectan al caso enjuiciado han venido a matizar la anterior doctrina (fundamento de derecho décimo séptimo de la STS de 9 de mayo de 2.013).

El que la STS de 9 de mayo de 2013 haya negado ese efecto restitutorio total plantea dos problemas en relación con la aplicación al presente caso de la doctrina sentada en la misma: (i) la existencia de doctrina contradictoria, (ii) la existencia de considerables diferencias entre lo allí resuelto y el objeto de la acción ejercitada en el presente caso, que impediría trasponer la decisión tomada sobre este aspecto.

En cuanto a lo segundo, la SAP de Asturias de fecha 1 de julio de 2014, entre otras muchas, destacó que se trataba allí "de una acción colectiva de cesación que afectaba a un gran número de contratos, de tal modo que una de las razones que determinó ese pronunciamiento, -quizá la decisiva- fue que declarar la retroactividad generada "riesgos de trastornos graves; con transcendencia al orden público económico", y además ni siquiera se había interesado en la demanda que se condenara a las entidades bancarias a proceder a esa restitución. Por el contrario, **lo que se examina aquí es una acción individual de nulidad de una concreta cláusula, en la que sí se pide la devolución de lo indebidamente percibido. No se observa aquí riesgo alguno de transcendencia en el orden público económico. No existe; en consecuencia, identidad de razón para aplicar la doctrina establecida en la citada sentencia.** El supuesto "efecto llamada" al que alude la demandada no es tal, pues aquí lo que se valora es una cláusula concreta inserta en unos determinados contratos de préstamo en relación con la actuación del Banco en ese caso individualmente contemplado, ni cabría valorarlo a los efectos de excluir la normativa imperativa de protección del consumidor. De hecho Igual "efecto llamada" cabría predicar de otras sentencias del Tribunal Supremo que han admitido esa retroactividad, como la que declaró la nulidad de la condición que tenía como efecto el redondeo al alza de los tipos de interés (Sentencia de 29 de diciembre de 2010) o en las numerosas recaídas en los últimos años sobre productos bancarios complejos. Y, en fin, **no es de recibo invocar razones de seguridad jurídica cuando ésta se satisface plenamente con la aplicación de las normas que lo son al caso enjuiciado** y con la de una jurisprudencia que ha venido reiterando este concreto efecto, como ya ha quedado expuesto" (en el mismo sentido, las sentencias de Audiencias Provinciales de Málaga de 12 de marzo de 2014, Barcelona de 16 de diciembre de 2013, Alicante de 12 de julio de 2013, Jaén de 27 de marzo de 2014 o esta misma Sala de 8 de mayo de 2014).

Finalmente, hay que señalar que sería de preferente aplicación el principio de no vinculación, derivado de la Directiva 93/13 CEE, que ha sido interpretado y desarrollado en sentencias del propio TJUE de 26-4-2.012 y 30-5-2.013.

Resumiendo; (i) en el procedimiento que dio lugar a la STS de 9-5-2013 sólo se ejercitaba una acción colectiva de cesación, por lo que el pronunciamiento sobre la eficacia no retroactiva de la sentencia quedaría extramuros del objeto del proceso, como viene a reconocer la propia Sentencia en su parágrafo 130, (ii) la irretroactividad o retroactividad parcial choca con la doctrina anterior del TS y del TJUE, como se viene a reconocer en los párrafos 286 a 292 de la STS de 9-5-2.013, (iii) la Sentencia declara únicamente la eficacia no retroactiva de la propia sentencia, no de la nulidad de las cláusulas suelo en general, (iv) los argumentos desgranados en los apartados a) a j) del parágrafo 293 no afectan al núcleo de la cuestión debatida, sólo el apartado k) hace referencia a los trastornos graves con

trascendencia en el orden público económico, y ello únicamente para hacer una afirmación tautológica, que tales trastornos son notorios, sin que se cuantifique de manera alguna los graves perjuicios que la retroactividad total irrogaría a las entidades bancarias afectadas, al sistema financiero en general o a dicho orden público económico, (v) los citados apartados a) a j) sólo tienen en cuenta las razones económicas -en realidad, crematísticas- que justificaban la introducción de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios por parte de las entidades bancarias, así como las razones que se han tenido en cuenta para declarar su nulidad, sin que se valore ni el desequilibrio interpartes (siendo en consumidor la parte débil) ni los perjuicios causados a éstos, (vi) finalmente, la Sentencia tampoco tiene en cuenta los efectos disuasorios de la nulidad de una cláusula contractual en los términos declarados en la STJUE de 14 de junio de 2.012, que ha venido siendo aplicada en supuestos parecidos por esta Sala, así como por la Sección 4ª, de la AP de Las Palmas, en sentencia de 26 de noviembre de 2.014.

No obstante ello, la STS de 26 de marzo de 2.015 viene a ratificar lo expresado en el fundamento jurídico decimoséptimo de la de 9 de mayo de 2.013 sobre la eficacia no retroactiva de la sentencia, manteniendo exactamente la misma postura: "pretender que en la acción individual no se produzca el mentado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a innumerables contratos origen de aquéllos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

La afección que la retroactividad total podría acarrear al orden público económico **no solo no es "notoria", sino que es una cuestión harto compleja**, sobre la que, en principio, cabe señalar lo siguiente: (i) el camino a seguir para determinarla sería partir de un cálculo individual, entidad por entidad, realizado por sus propios analistas, ya que, indudablemente, influyen otros factores como la situación económica en general, la propia situación financiera de cada una de ellas o la estrategia con la que enfrenten la situación, y solo después (ya que los resultados de esos análisis podrían ser más o menos perjudiciales, o incluso inanes), sería posible valorar la afección sobre el conjunto del sistema financiero, para así poder determinar el daño al "orden público económico"; (ii) sobre este concepto habría mucho que discutir, no solo desde el punto de vista jurídico sino porque, entre otras cosas, no deja de conllevar matices y connotaciones ideológicas y, por consiguiente, su determinación dependería más bien de decisiones políticas que de decisiones judiciales; (iii) centrándonos en el ámbito en que se desarrolla la contienda dentro de los tribunales de justicia, habría que haber contabilizado los pleitos existentes, los que ganan y pierden los clientes, el montante del conjunto de condenas a las entidades bancarias, el reparto de esa cantidad entre cada una de ellas, etc.

Dicho esto, debemos entrar a considerar la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia y sobre la doctrina del Tribunal Supremo en general; y en este sentido comenzaremos por hacer referencia a la reciente sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia provincial, nº 255/2.015, de 18 de septiembre, dictada en el rollo de apelación 190/2.015, que ha declarado lo siguiente:

"Los efectos ex nunc de la nulidad de la cláusula suelo.- Tal cuestión ya ha sido objeto de análisis por esta Sección en la sentencia nº 201/2015 de 26 de junio, habiendo acordado estar, por los motivos que se expresan, a la doctrina jurisprudencial elaborada por las sentencias que se citan; La cuestión debatida, en supuestos de acciones individuales ejercidas por los consumidores contra la entidad

bancaria, ha sido objeto ya de dos sentencias del Tribunal Supremo, una de Pleno, de 25 de marzo de 2015, y otra, en la que se reitera la doctrina de la anterior, de 29 de abril de 2013, ambas integradas con un voto particular sobre la necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial establecida, que si bien avala las posturas discrepantes de los litigantes, no es óbice a que, conforme al artículo 1 del Código Civil. 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial del Estado". 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.", y habida cuenta la exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta transcendencia normativa, que debe aplicarse, si se quiere en aras de la certeza y seguridad jurídica, dando una respuesta igual y uniforme a idénticos supuestos de hecho (nulidad, fundada en la falta de transparencia, de una cláusula suelo en préstamo hipotecario suscrito por un consumidor) la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo atendiendo a los principios generales y a la realidad social y económica actual así como a los efectivos conflictos de intereses que analiza, y habida cuenta que si la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios atribuye a los Tribunales facultades integradoras en favor de estos con la finalidad de alcanzar una igualdad real entre las partes, tal medida responde indiscutiblemente a una situación socio-económica determinada. En consecuencia, aplicando la doctrina que se recoge en las resoluciones citadas, al igual que hizo esta misma Sala en la Sentencia de 29 de mayo de 2015 procede mantener que Respecto de los efectos de la nulidad de la referida cláusula, debe ser acogida en parte la impugnación de la sentencia recurrida, en virtud de lo dispuesto en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 que fijó como doctrina "que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 Re 1217/2013 y la de 24 de mayo de 2015, Re. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, y se procederá a la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de aquella cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de nueve de mayo de 2013".

Sin embargo, sin dejar de estar de acuerdo del todo con el punto de vista plasmado en esa sentencia, entendemos que **la doctrina citada en ella no puede aplicarse en términos tan absolutos como en dicha resolución se hace**, toda vez que se dan elementos que aconsejan matizarla y atemperarla: A) En primer lugar, como ya hemos señalado, la existencia de doctrina contradictoria del propio Tribunal Supremo sobre el tema debatido. B) El hecho de que la jurisprudencia no sea considerada en nuestro ordenamiento como fuente del derecho sino como un elemento complementario. C) La mejor

adecuación de la interpretación que proponemos acerca de los efectos de la nulidad de cláusulas contractuales abusivas a la doctrina sentada por el TJUE en materia de protección a los derechos de los consumidores, lo que incluye la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y el justo equilibrio entre (as partes. D) Si bien en aras de la seguridad jurídica es conveniente dar una respuesta igual y uniforme a idénticos supuestos de hecho, ello no pasa de ser una conveniencia o la expresión de un deseo, pero no constituye, un mandato legal expreso, que en ningún momento, hasta el presente, ha sido concretado por el legislador.

En consecuencia, procede desestimar el motivo del recurso,

SEXTO.- Sobre al cálculo de intereses y la cantidad a devolver por la entidad bancaria, procede estimar el recurso, al considerar la Sala que el método utilizado por la misma se adecua mejor a lo pactado en el contrato de préstamo en relación con una interpretación correcta del artículo 1303 del Código Civil, dado que habiéndose concertado el pago de los intereses del préstamo de acuerdo con el llamado "sistema francés", la propuesta formulada por la entidad bancaria tiene en cuenta la repercusión que el cambio del tipo del interés tiene sobre el capital amortizado en cada liquidación. Por consiguiente, procede condenar a la entidad demandada al pago de 3.998,32 euros en lugar de los 5.036,24 solicitados por el actor, más los intereses legales calculados desde cada pago, y ello en estricta aplicación del artículo 1303 del Código Civil.

Ello no significa una variación del pronunciamiento sobre costas en primera instancia dado que estimación de la demanda sigue siendo sustancial, atendiendo no solo a la cantidad concedida sino a las cuestiones debatidas en el pleito.

SÉPTIMO.- El artículo 398.2 de la LEC dispone que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no procede hacer especial pronunciamiento de condena en costas a ninguno de los litigantes.

FALLO

1. Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso, y con devolución del depósito que se haya constituido para recurrir.

2. Se confirma la sentencia dictada en primera instancia, salvo en lo relativo: (i) a la cantidad que la entidad demandada BBVA ha de abonar al actor, que se reduce a tres mil novecientos noventa y ocho euros y treinta y dos céntimos (3.998,32), (ii) al pago de los intereses legales, que se calcularán desde el pago de cada cuota, confirmando el pronunciamiento de condena en costas a la demandada.

Contra la presente resolución, dictada en un juicio verbal en que el tribunal se ha constituido con un solo magistrado, no caben los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (ATS de 26-2-2013), por lo que se declara firme.

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

Así por esta resolución, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

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

Así por esta resolución, definitivamente juzgando, la pronuncio, mando y firmo.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 38038370042015100124