

Sentencia nº 9/2017 de AP Pontevedra, Sección 1ª, 11 de Enero de 2017

Procedimiento CIVIL

Ponente MANUEL ALMENAR BELENGUER

Fecha de Resolución 11 de Enero de 2017

Número de Resolución 9/2017

Número de Recurso 349/2016

Emisor Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 1ª

NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO. EFICACIA RETROACTIVA. En aplicación de la reciente jurisprudencia comunitaria relativa al momento a partir del cual despliega sus efectos la nulidad de las cláusulas que se declaran abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores, no cabe limitar en el tiempo los efectos de dicha declaración de nulidad. La declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula. Se estima el recurso de apelación.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00009/2017

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 349/16

Asunto: Juicio Ordinario (Condiciones Generales de la Contratación)

Número: 245/15

Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra

Ilmos. Sres. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM.9

En Pontevedra, once de enero de dos mil diecisiete

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 349/16, dimanante de los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación incoados con el núm. 245/15 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, siendo parte apelante la demandante Dña. Carolina, representada por la procuradora Sra. Castro Cabezas y asistida por el letrado Sr. Lorenzo Villaverde, y apelada la demandada ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., representada por el procurador Sr. Portela Leirós y asistida por la letrada Sra. Campos Baz. Es Ponente el magistrado Sr. D. MANUEL ALMENAR BELENGUER.

ANTECEDENTES DE HECHO PRIMERO

En fecha 1 de febrero de 2016 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Rosario Castro Cabezas, en nombre y representación de Doña Carolina, contra Abanca Corporación, S.A. y en base a los siguientes pronunciamientos:
1.- DEBO DECLARAR Y DECLARO la terminación del proceso respecto a la petición declarativa de nulidad y de condena a la eliminación por carencia sobrevenida del objeto al haberse suprimido por Abanca Corporación SA la cláusula suelo controvertida en el presente litigio respecto al contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con doña Carolina, y haber sido abonadas las cantidades indebidamente satisfechas desde la sentencia del TS de mayo de 2013.

2.- DEBO desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora doña Rosario Castro Cabezas en nombre y representación de doña Carolina, contra Abanca Corporación SA, respecto de la pretensión de los efectos de la declaración de nulidad. Las costas procesales se imponen a la parte demandante".

SEGUNDO

Notificada la resolución a las partes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2016 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia en virtud de la cual, con revocación de la de instancia, se estime la demanda, con expresa imposición de costas a la demandada.

TERCERO

Del referido recurso se dio traslado a la parte demandada, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 11 de abril de 2016 y por el que

interesaba que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación interpuesto de adverso, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tras lo cual con fecha 25 de abril de 2016 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1^a, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO

Al haberse dictado por la Sala 1^a del Tribunal Supremo Auto de fecha 12 de abril de 2016 en el que se acordaba la suspensión del recurso de casación en tanto se resolviese la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en relación con la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, esta Sección entendió procedente adoptar la misma decisión, quedando el procedimiento en suspenso hasta que, el pasado 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión dictó sentencia resolviendo la cuestión prejudicial planteada.

QUINTO

En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO

Planteamiento de la cuestión .

El debate en esta alzada se circunscribe a determinar cuáles son los efectos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo, que, con ocasión de una acción colectiva, declaró la nulidad de la cláusula de limitación a la baja del tipo de interés o cláusula "suelo" utilizada, entre otras, por la entidad "NCG Banco, S.A." (hoy, "Abanca Corporación Bancaria, S.A."), respecto de los procesos iniciados con posterioridad frente a la citada entidad de crédito y en los que se ejercita una acción individual de nulidad de la cláusula "suelo" incorporada en una concreta escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria.

En otras palabras, se trata de dilucidar si en estos casos cabe apreciar la excepción de cosa juzgada, la pérdida sobrevenida de objeto o la falta de legitimación ad causam por inexistencia de objeto litigioso, como obstáculos que impiden el éxito de la acción individual de nulidad, o, por el contrario, procede entrar en el fondo y resolver en consecuencia lo que sea pertinente en derecho.

En efecto, la demandante Dña. Carolina presentó demanda en la que ejercitaba una acción individual de nulidad de la cláusula "suelo" que figuraba incorporada en la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 31 de mayo de 2002 con la entidad "Caixanova", si bien, una vez admitida a trámite la demanda y antes de que se verificara el emplazamiento de la demandada, presentó un

escrito de ampliación de demanda en el que acumulaba el ejercicio de una segunda acción en reclamación de las cantidades pagadas desde el momento de celebración del contrato.

La demandada "Abanca Corporación Bancaria, S.A." se opuso invocando con carácter previo, en primer lugar, la excepción de cosa juzgada, al considerar que los efectos de la repetida sentencia, pronunciada en un procedimiento en el que la causante de la demandada fue parte, se extienden a la pretensión que nos ocupa y determinan su sobreseimiento, y, en segundo lugar, que no existe el objeto litigioso, dado que, tras la mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013, se decidió eliminar todas las cláusulas de este tipo en los contratos celebrados con los consumidores, entre los que se encontraba el actor, lo que se comunicó al mismo con devolución de las cantidades percibidas en exceso, de manera que la pretensión ya habría quedado satisfecha extrajudicialmente dos años antes de presentarse la demanda. Subsidiariamente y para el caso de que se rechazase la excepción y entrase en el fondo, se afirma la validez de la cláusula discutida y, en su caso, la irretroactividad de la declaración de nulidad más allá de la sentencia de 9 de mayo de 2013 .

La Juzgadora "a quo" descartó de plano la excepción de cosa juzgada en el acto de la audiencia previa y, ya en sentencia, razona que, como quiera que, mediante documento de fecha 8 de agosto de 2013, la demandada comunicó a la actora que, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, procedía a eliminar la cláusula suelo del contrato a partir del mes de septiembre de 2013 y a abonar las cantidades pagadas en exceso desde esa fecha, practicando la oportuna liquidación e ingresando el saldo en cuenta, según reconoció la propia demandante, de conformidad con el art. 22 LEC "no procede pronunciarse sobre la supresión de la cláusula suelo ni sobre la devolución de las cantidades, por carencia sobrevenida de objeto del procedimiento ", debiendo continuar el procedimiento únicamente por la pretensión de condena al reintegro de las cantidades indebidamente satisfechas por la demandante con anterioridad a la expresada fecha y sus intereses.

Circunscrita la controversia a la determinación de la fecha de producción de efectos de la declaración de nulidad, la sentencia trae a colación la doctrina establecida en la STS nº 241/2013 y reiterada en la STS nº 139/2015, a cuyos fundamentos jurídicos se remite para concluir que la nulidad de la cláusula surte efectos a partir de la publicación de la primera de las sentencias, 9 de mayo de 2013, por lo que, al constar acreditado que la demandada devolvió las cantidades pagadas en exceso desde dicha fecha, procede desestimar la pretensión de condena de las sumas satisfechas con anterioridad, y, consiguientemente, la demanda presentada, con imposición de las costas a la parte demandante.

Disconforme con esta resolución, la demandante Dña. Carolina interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía los argumentos alegados en la instancia acerca inexistencia de cosa juzgada y/o perdida sobrevenida de objeto, y en pro de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad al

momento de la firma del contrato, con devolución de las cantidades satisfecha en exceso desde aquella fecha.

SEGUNDO

La excepción de cosa juzgada. La extensión de los efectos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 341/2013, de 9 de mayo .

Razones de método aconsejan iniciar el examen por la excepción de cosa juzgada que la entidad de crédito demandada vuelve a deslizar al oponerse al recurso, con base en la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas "suelo" contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores que se describían en los apartados 3º, 4º y 5º del antecedente de hecho primero de la propia sentencia; concretamente, en el apartado 4º se transcribía una cláusula de limitación a la baja de la variabilidad de los tipos de interés inserta en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita, como prestamista, por la antigua "Caixanova", hoy "Abanca Corporación Bancaria, S.A.".

Lógicamente, si se apreciara esta excepción ya no tendría sentido analizar la problemática suscitada en relación a la subsistencia o no del objeto litigioso o del interés legítimo, en que se apoya la alegación central de la recurrente.

Como ya se apuntó en la sentencia de esta misma Sección Primera de 14 de mayo de 2014 (si bien en la misma se atendía un supuesto distinto, al suscitarse también una pretensión de condena dineraria y de nulidad de otras cláusulas), la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales en procesos incoados en virtud del ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, o de cualesquiera otros legitimados, es una cuestión polémica tanto en lo que se refiere a la eficacia de la sentencia respecto a otros consumidores que no intervinieron en el procedimiento y que pudieran resultar afectados por las cláusulas discutidas o con relación a otros contratos celebrados por las entidades que fueron parte en el pleito o por otras que no fueron parte pero que utilizan cláusulas análogas a las que fueron declaradas nulas.

Precisamente, para evitar las dudas que sobre la eficacia respecto de terceros pudiera suscitar la declaración de nulidad de una cláusula contractual, el art. 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al Tribunal para determinar si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente o, por el contrario, los efectos de limitan a quienes fueron parte en el concreto proceso.

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo aborda de manera expresa el problema en el fundamento de derecho décimo noveno y lo resuelve en los siguientes términos: " 298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006, la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Esté presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC - "[I]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley "- y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2^a del artículo 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que intereso la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no intereso su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminan los aspectos declarados abusivos."

Y al resolver el incidente de nulidad planteado por varias demandadas contra la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo declara (cfr. el FD 6, apartado 4º del Auto de 6 de noviembre de 2013):

4.- La alegación de que la sentencia cuya nulidad se solicita produce indefensión a las demandadas porque no pueden defenderse en otros litigios individuales o colectivos mientras que otras entidades sí pueden hacerlo, es inconsistente.

Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los términos precisados en la propia sentencia.

Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio.

Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan.

La STS 139/2015, de 25 de marzo, abordó de nuevo esta cuestión, también con relación a los efectos de la STS 341/2013, acotando en los términos expuestos la eficacia de la cosa juzgada:

" 1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgada en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación.

2. Se han postulado varias soluciones a la interrogante: i) Quienes entienden, y alguna resolución así lo avala, que más que cosa juzgada lo que se produce es una carencia sobrevenida del objeto, pues no tendría sentido pronunciarse nuevamente sobre una condición general que ya había sido declarada abusiva en un proceso anterior; ii) Quienes opinan que, frente a la regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (*res iudicata inter alios*), en estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LEC, de manera similar a lo que ocurre con las sentencias recaídas en los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que afectan tanto a los socios intervenientes en aquél como a aquellos que no intervinieron. Consecuencia de lo anterior sería que no fuese necesario que el consumidor fuera parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación que le afecte, ya que la sentencia que así lo declare extenderá sus efectos sobre el mismo, tanto en el aspecto positivo como en el negativo de la cosa juzgada. De ahí que el artículo 519 LEC establezca un incidente específico para que en tales supuestos el consumidor pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de dicha sentencia e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo proceso con idéntico objeto; iii) Se añade por ese sector doctrinal que se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada positiva o prejudicial, pues ha de tenerse presente también la vinculación de la sentencia para los Tribunales posteriores, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los artículos 221.1 y 222.3 y 4 LEC, como con carácter general en los artículos 400 y 421 LEC tesis avalada por alguna resolución judicial; iv) Finalmente cabe decir que la Sala en Sentencia de 17 de junio de 2010 estableció que: a) será la sentencia recaída en el proceso de acción colectiva la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los consumidores que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso; y b) prevé el supuesto en que no se hubiese procedido así.

3. A partir de las anteriores tesis doctrinales, procede descender a los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 para fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad, a fin de indagar si la cláusula de esta concreta litis, cuya nulidad se ha postulado

por entenderse abusiva, se encuentra inserta en el ámbito de la acción de cesación objeto de aquella sentencia o, por el contrario, es similar pero no de las específicamente enjuiciadas predisuestas por las entidades contra las que se dirigió la acción de cesación.

4. La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su parágrafo 300 que se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas[...]", razonando que pese a que la demandante interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas.

Ello naturalmente no empecé a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurren o no en abusividad. "

En el ámbito comunitario, con ocasión de examinar los efectos frente a terceros de la sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 señaló que "no se opone a que la cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de la Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores por una entidad designada por el Derecho Nacional surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación".

Mas una cosa es que la legislación nacional prevea tal extensión de efectos y otra muy distinta que la decisión adoptada en el proceso que resuelve una acción colectiva tenga automáticamente efectos de cosa juzgada respecto del proceso en que se ejercita una acción individual de nulidad.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016, en los asuntos acumulados Sales Sinués/Caixabank y otros C 381/14 y C 385/14, proclama: " Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13 ."

En suma, los efectos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las " cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminan los aspectos declarados abusivos ", lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración, y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad. En el caso enjuiciado, la revisión de los documentos acompañados con el escrito de contestación a la demanda demuestra que la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", que había sido parte demandada en el proceso apuntado (en realidad, trae causa de la allí demandada, a través de un proceso de sucesión universal vía absorción), asumió extrajudicialmente, mediante carta remitida a Dña. Carolina, que la cláusula "suelo" de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre ambos era nula y procedía a eliminarla del contrato con efectos desde la fecha de la sentencia, de modo que, a partir del mes de septiembre ya no la aplicaría al préstamo hipotecario nº NUM000, y, coincidiendo con la liquidación del nuevo tipo de interés, " le abonaremos las cantidades pagadas en exceso desde esa fecha, así como una compensación sobre las mismas, según corresponda en cada caso, calculada al tipo de interés legal del dinero (el 4% anual) " (cfr. la carta remitida con fecha 6 de agosto de 2013 -folio 206-).

Asimismo, consta que, con fecha 7 de septiembre de 2013, la entidad financiera procedió a reliquidar el préstamo, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, con el resultado de una diferencia a favor del cliente de 255,03 €, que, con más 1,22 € en concepto de intereses, se ingresaron en la misma fecha en la cuenta del cliente (cfr. el documento en el que se explica y desglosa la liquidación y el justificante de ingreso en cuenta -folios 207 y 208-).

No estamos, pues, ante un supuesto de cosa juzgada, puesto que la declaración de nulidad no se extiende erga omnes y respecto de cualquier cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés, sino respecto de determinado tipo de cláusulas empleadas por las entidades que se citan (entre ellas, la demandada) y que reúnan las características o se hayan incorporado en las circunstancias que se establecen

Si la demandada consideró que la cláusula 3^a bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre ambas partes estaba afectada por la declaración de nulidad y decidió renunciar a su aplicación con efectos de 9 de mayo de 2013, tal actuación es acorde a derecho pero no guarda relación con la figura de la cosa juzgada.

TERCERO

La pérdida sobrevenida de objeto y la subsistencia del interés litigioso.

El art. 22 LEC, con el título " Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto ", dispone en su apartado 1º: " 1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención,

dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario judicial la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas ."

Y el apartado 2º del mismo precepto prevé que " [S]i alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos, el Secretario judicial convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto ."

Basta comparar las fechas en que la entidad demandada se dirigió a la hoy demandante para comunicarle su propósito de eliminar la cláusula controvertida (6 de agosto de 2013), con la fecha en que se presentó la demanda (25 de septiembre de 2015), para constatar que no cabe hablar de pérdida sobrevenida de objeto porque la actuación es previa a la interposición de la demanda. No hay, pues, una pérdida " sobrevenida " de objeto.

Mayor discusión puede suscitar la cuestión de si subsiste realmente un interés legítimo en la prosecución del proceso.

Como se desprende del art. 24.1 de la Constitución, la tutela judicial tiene por objeto el ejercicio de los derechos e intereses legítimos.

Concretamente, el proceso civil persigue la tutela de los derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos que entienden afectados, desconocidos, o, simplemente, en situación de riesgo.

Así, el art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que " [S]e podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley ".

Y el art. 10 párrafo primero del mismo texto legal circscribe la capacidad para ser " parte legítima " a " quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso ". Por tanto, para que exista un proceso, es preciso que se invoque un interés legítimo cuya protección se impetra del órgano judicial. De ahí la previsión contenida en el citado art. 22.1 LEC .

El estudio del supuesto litigio evidencia que el interés legítimo susceptible de protección persistía al tiempo de presentarse la demanda y, también, de recaer la sentencia desestimatoria.

Efectivamente, en la comunicación que el banco remitió al hoy demandante se decía:

En Novagalicia Banco, en cumplimiento de la sentencia, hemos procedido a extender sus efectos a todos los préstamos hipotecarios con clientes consumidores, eliminando las cláusulas suelo de todos ellos, tal y como comunicamos a través del hecho Relevant e fecha 13 de junio de 2013 publicado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Así pues, a partir del próximo mes de septiembre ya no aplicaremos la cláusula suelo en el/los siguiente/s préstamo/s hipotecario/s que mantiene con nosotros, sino el nuevo tipo de interés que resulte de sumar al tipo de referencia a la fecha de la última revisión, el diferencial pactado en el contrato.

NUM001 NUM002

La declaración de nulidad no tiene carácter retroactivo, afectando exclusivamente a los pagos realizados con posterioridad al 9 de mayo. Por tanto, coincidiendo con la liquidación del nuevo tipo de interés, le abonaremos las cantidades pagadas en exceso desde esa fecha, así como una compensación sobre las mismas, según corresponda en cada caso, calculada al tipo de interés legal del dinero (el 4% anual) .

La lectura del texto pone de relieve que no estamos ante una suspensión unilateral de la cláusula en cuestión, sino ante una eliminación o supresión unilateral de la misma, con una fecha de inicio claramente determinada. Eliminación que, además, se ve corroborada un mes después con la efectiva reliquidación y abono de la diferencia pagada en exceso debido a la aplicación de la cláusula hasta el 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia.

Pero igualmente se desprende de la comunicación y de la reliquidación practicada la voluntad de la entidad financiera de limitar la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad a la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo que así se pronunció, es decir, al 9 de mayo de 2013 .

En la medida en que la demandante solicitó, acumuladamente y por medio de la ampliación de la demanda, la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula declarada nula, con efectos retroactivos a la fecha del contrato, celebrado el 31 de mayo de 2002, es evidente la persistencia de un interés legítimo, circunscrito a la pretensión pecuniaria, pero que trae causa de la declaración de nulidad.

TERCERO

La eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Descartada tanto la cosa juzgada como la pérdida sobrevenida de objeto y afirmada la subsistencia de interés legítimo, el debate se reconduce a determinar cuales son los efectos derivados de dicha declaración, y, más concretamente, la fecha a la que se retrotrae la nulidad, esto es, si debe estarse al momento de celebración del contrato -como interesa la parte demandante-, o a la fecha de publicación de la primera de las sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo que acordó la nulidad por falta de transparencia - como defiende la demandada y acoge la sentencia recurrida-.

Pues bien, cualquiera que fuera el parecer de los miembros de esta Sala sobre la cuestión controvertida y sin perjuicio de reconocer la existencia de argumentos sólidos en favor de las diferentes posiciones adoptadas, lo cierto es que la reciente sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, dictada el pasado 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., C-307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C-308/15, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irles López y Teresa Torres Andreu Sentencia (ECLI: EU:C:2016:980), ha clarificado, de forma definitiva, el debate sobre el momento a partir del cual despliega sus efectos la nulidad de las cláusulas que se declaran abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

La mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016 establece:

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.

(...)

66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

(...)

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).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve así, de forma clara y contundente, que no cabe limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad sin contravenir el Derecho comunitario, fijando una doctrina jurisprudencial que se superpone a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al versar sobre la aplicación del Derecho comunitario, tal y como se prevé en el Tratado de la Unión Europea y recoge ahora de forma expresa el art. 4 bis LOPJ, tras la reforma llevada a cabo por LO 7/2015, de 7 de junio, al disponer que:

" 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ."

En consecuencia, el motivo de recurso debe prosperar.

CUARTO

Costas procesales.

La estimación del recurso comporta que cada parte asuma las costas causadas por su intervención, pronunciamiento que debe hacerse extensivo a la primera instancia porque, si bien la demanda es estimada en su integridad, lo cierto es que sobre esta cuestión existen posiciones divergentes entre los propios Tribunales, incluida la Sala 1^a del Tribunal Supremo (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA

FALLA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Castro Cabezas, en nombre y representación de Dña. Carolina, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, y, en su consecuencia, estimando íntegramente la demanda presentada por Dña. Carolina contra la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", representada por el procurador Sr. Portela Leirós, debemos:

1. Declarar y declaramos la nulidad de la cláusula tercera bis, apartado "e", de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 31 de mayo de 2002.

2. Condenar y condenamos a la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A." a abonar a la demandante las cantidades indebidamente satisfechas, como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula, desde la fecha de celebración del contrato. Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en ambas instancias. Con restitución del depósito constituido.