

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063578

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA

Sentencia 313/2018, de 11 de mayo de 2018

Sección 4.^a

Rec. n.º 612/2017

SUMARIO:

Hipoteca. Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Nulidad absoluta. Cosa juzgada. Principio de preclusión. Se puede volver a juicio para reclamar lo pagado por cláusula suelo antes de 2013. Esta sentencia declara que procede la reclamación de cantidad por lo indebidamente pagado en aplicación de la cláusula suelo desde la formalización del préstamo hipotecario a pesar de la sentencia firme previa que solo condenaba por las cantidades de más pagadas desde la sentencia de TS de 9 de mayo de 2013, sin afectar la cosa juzgada.

Lo que excluye el artículo 222 de la LEC (Cosa juzgada material), es un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso ya resuelto, exclusión perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 400.1 de la LEC que excluye la posibilidad de ejercitar acciones posteriores basadas en distintos hechos o fundamentos jurídicos que pudieran alegrarse en el anterior pleito cuando lo que se pide es lo mismo. Pero un demandante puede no ejercitar, según su interés y posibilidades, alguna pretensión subordinada, accesoria o derivada para, como ocurre en este caso concreto, adaptarse a la doctrina jurisprudencial existente en el momento y que por haber cambiado posibilita el planteamiento de una cuestión que hasta ese momento no podía serlo de forma eficaz.

Los demandantes instan una petición de restitución correspondiente a un periodo diferente del anterior que no podían pedir eficazmente en ese proceso ni debían hacerlo, debido a la vinculación existente a la doctrina jurisprudencial de Pleno del Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, que vedaba dicha petición. Ahora, bien, tras la doctrina del TJUE, de 21 de diciembre de 2016 (declarando la retroactividad de la nulidad de cláusulas suelo), y como quiera que no fue articulada expresamente en los anteriores procesos, consideramos posible su reclamación en una interpretación del art. 400 de la LEC respetuosa con la doctrina jurisprudencial citada, y en concordancia con la efectividad del derecho comunitario. No estamos, pues, ante un supuesto de revisión de lo acordado en sentencia firme por cambio sobrevenido de la línea jurisprudencial preexistente sino que el cambio sobrevenido de la línea jurisprudencial respecto del momento a partir del que se podía pedir la devolución del dinero pagado de más determina que la reclamación del cliente se a una pretensión nueva no afectada por la cosa juzgada. Voto particular.[Vid., ATS, Sala de lo civil, de 4 de abril de 2017, rec. núm. 7/2017 (NCJ062222), en sentido contrario].

PRECEPTOS:

Ley 1/2000 (LEC), arts. 71.2, 219.3, 222, 251, 252, 253, 394 y 400.

Constitución española, art. 24.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), disp. adic.15.^a.**PONENTE:***Doña María de los Reyes Castresanta García.***SENTENCIA Nº 313/2018**

ILMOS. SRES.

D.^a REYES CASTRESANA GARCÍAD.^a ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

En BILBAO (BIZKAIA), a once de mayo de dos mil dieciocho.



La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos.

Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 612/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barakaldo, a instancia de D. R. y D.ª B. apelantes - demandantes, representados por el procurador Sr. J. A. H. y defendidos por el letrado Sr. I. J. P., contra CAJA RURAL DE NAVARRA SOC. COOP. DE CREDITO apelada - demandada, representada por la procuradora Sra. M. T. L. y defendida por el letrado Sr. A. E.; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27 de septiembre de 2017.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Fallo de la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2017 es del tenor literal siguiente:

"FALLO

ESTIMO parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. J.A. H., en nombre y representación de D. R. y DªB. contra la Entidad CAJA RURAL DE NAVARRA S. COOP. DE CRÉDITO, y en consecuencia, DECLARO la NULIDAD de la Cláusula Quinta del contrato suscrito entre las partes en fecha de veintitres de abril de dos mil nueve, en el párrafo que a continuación se reproduce:" serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos de esta escritura y demás derivados de la misma, incluidas sendas primeras copia liquidadas e inscritas por CAJA RURAL DE NAVARRA los de carta de pago, cancelación e inscripción en su día, los gastos e impuestos, derechos, arbitrios, contribuciones y tasas de cualquier tipo que garven directa o indirectamente, en la actualidad o en el futuro la presente escritura, los gastos judiciales o extrajudiciales, incluso lo honorarios de Letrado y derechos de Procurador aunque su intervención fuese potestativa, originados por el incumplimiento de las condiciones pactadas...", condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Cada parte deberá pagar las costas causadas a su instancia correspondiendo las comunes a ambas partes. Notifíquese a las partes esta sentencia.

Una vez firme esta sentencia, Líbrese mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con la finalidad de inscribir esta sentencia en el mismo."

Segundo.

Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que, admitido a trámite por el juzgado de 1ª Instancia y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el número 887/17 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

Tercero.

Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la mesa del Tribunal para votación y fallo.

Cuarto.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Planteamiento:



1.- Los demandantes D. R. y Dña. B. ejercitaron frente a Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa, una acción de condena para la devolución de lo pagado de más en virtud de la aplicación de la llamada cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 23 de abril de 2009, desde el periodo que va desde su contratación hasta el 8 de mayo de 2013, tras haberse dictado (1) sentencia de 29 de junio de 2015, en los autos de procedimiento Ordinario nº 599/14 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao, que declaró exclusivamente la nulidad de la Cláusula Suelo ("Tipo de Interés Ordinario Mínimo: Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al dos con setenta y cinco por ciento (2,75%) anual"), y, (2) la sentencia de 2 de noviembre de 2016, en los autos Juicio Verbal nº 104/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Barakaldo, que condenó a la entidad bancaria al pago de las cantidades recibidas en exceso por aplicación de la cláusula suelo desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, por la diferencia entre las abonadas y las que deberían abonar sin aplicación de la cláusula suelo, calculando el tipo de interés con una bonificación del 0,40%.

Además ejercitan la acción de nulidad de la Cláusula Quinta "Gastos a cargo del prestatario" contenida en el préstamo hipotecario con la condena a la sociedad demandada a pasar por tal declaración y con los efectos que le son inherentes.

2.- La demandada Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa se opuso a la demanda alegando preclusión y cosa juzgada y la validez de la cláusula quinta relativa a los gastos derivados del otorgamiento e inscripción del préstamo hipotecario.

3.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la Cláusula Quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 23 de abril de 2009, sobre atribución al prestatario de todos los gastos de la escritura y demás derivados de la misma, y sin imposición de costas procesales de la instancia.

La Magistrada a quo aprecia la existencia de cosa juzgada respecto a la pretensión de reclamación de cantidad por lo indebidamente pagado a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde la contratación del préstamo hipotecario, el 23 de abril de 2009, al 8 de mayo de 2013, reproduciendo lo resuelto en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y en virtud el art. 400.2 de la LEC.

Y, si bien se declara la nulidad de la Cláusula Quinta, no realiza condena de pago de cantidad alguna a la demandada, toda vez que la parte actora no ha acreditado haber procedido a pago alguno en relación a la aplicación de la cláusula quinta.

4.- Los demandantes D. Ramiro y Dña. Berta interponen recurso de apelación:

a).- Contra el pronunciamiento relativo a la consideración de la excepción de cosa juzgada como fundamento a la desestimación de la reclamación de cantidad derivada de la cláusula suelo.

Comienzan efectuando un resumen de antecedentes, destacando la cronología y evolución de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso: (1) Dictada la STS de 9 de mayo de 2013, los demandantes promovieron demanda en junio de 2014 solicitando exclusivamente la declaración de nulidad de la cláusula suelo; (2) Dictada la STS de 25 de marzo de 2015, que sentó doctrina jurisprudencial sobre restitución de lo pagado en aplicación de las cláusulas suelo a partir de la publicación de la anterior STS de 9 de mayo de 2013, presentaron en febrero de 2016 demanda de reclamación de cantidad para instar la devolución de lo pagado indebidamente en virtud de dicha cláusula suelo, desde el 9 de mayo de 2013, advirtiendo textualmente de que lo es "sin perjuicio ni renuncia a reclamar aquellas otras cantidades que pudieran corresponder como consecuencia de un hipotético cambio doctrinal que sobre la materia pudiera llegar a producirse; y, (3)

Dictada STJUE de 26 de diciembre de 2016, que se reflejó en la STS de Pleno de 23 de febrero de 2017, en mayo de 2017 los demandantes interponen la presente demanda de reclamación por lo indebidamente pagado en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de la firma del préstamo hipotecario (23 de abril de 2009) al 8 de mayo de 2013.

Alegan infracción del art. 400 de la LEC con vulneración de los principios de efectividad del Derecho de la Unión y de no vinculación al consumidor de cláusulas abusivas. En los pleitos anteriores y en el presente todas las pretensiones son diferentes, siendo también diversos los fundamentos o títulos jurídicos invocados para cada una de las reclamaciones antecedentes. Es evidente que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 deja a salvo las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada, lo que no ocurre en el supuesto examinado, en que los anteriores procesos versaron sobre declaración de nulidad y sobre reclamación por importe percibidos en exceso por la cláusula suelo a partir de 9 de mayo de 2013, siendo que esta pretensión es diferente, ya que se reclama desde la firma del contrato hasta el 8 de mayo de 2013 y además por fundamento o título jurídico diferente (STJUE de 21 de diciembre de 2016 y STS de 23 de febrero de 2017). Termina por citar doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la interpretación del art. 400 de la LEC (9 de enero de

2013, 4 de febrero y 21 de julio de 2016) y del STJUE sobre primaría del derecho comunitario sobre el nacional (STJUE de 3 de septiembre y 6 de octubre de 2009)

b).- Subsidiariamente, contra el pronunciamiento de no imposición de las costas procesales a la demandada, aun a pesar de tratarse de una estimación parcial de la demanda por inaplicación de los principios de no vinculación de las cláusulas abusivas al consumidor y de efectividad del derecho de la Unión Europea con infracción de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017.

5.- La demandada Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito se opone al recurso de apelación formulado de contrario, al considerar correcta la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la ley del TSJUE.

Defiende que la excepción de cosa juzgada incluye las alegaciones que se realizaron en un procedimiento anterior y también las que no se alegaron pudiendo haberlo hecho, sin que puedan volverse a repetir en un procedimiento posterior. Los demandantes en el anterior procedimiento solicitaron la devolución de cantidades desde mayo de 2013 cuando podía haberlo solicitado desde que la cláusula suelo desplegó su eficacia. Cita a tales efectos el Auto de 4 de abril de 2017 del Tribunal Supremo sobre cláusula suelo de hipotecas que fueron declaradas abusivas antes de conocerse la decisión del TJUE de fecha 21 de diciembre de 2016.

Manifiesta la improcedencia de la imposición de costas a Caja Rural de Navarra, invocando una correcta aplicación del art. 394 de la LEC al concurrir una estimación parcial de las pretensiones interesadas por la parte demandante.

Segundo.

De la cosa juzgada y del principio de preclusión:

1.- Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de febrero de 2018, que aborda la aplicación de los arts. 222 y 400 LEC, cono remisión a las de 20 de septiembre y 8 de noviembre de 2017, citando la misma línea que la de Palencia de 23 de diciembre de 2016 o la de León de 8 de febrero de 2017:

"En definitiva sin dejar de considerar que el artículo 400 de la LEC es un precepto de difícil contracción en cuanto a sus efectos y alcance, es lo cierto es que una interpretación demasiado formalista del mismo puede conducir a restricciones del derecho defensa y sobre todo del derecho a la tutela judicial efectivo (art. 24 de la CE.), cerrando el camino a nuevas acciones cuando éstas se planteen entre quienes ya han sido partes en un juicio anterior. Por ello parece razonable entender que cuando dicho precepto cierra el camino a la alegación de nuevos hechos y fundamentos jurídicos, se está refiriendo a la acción ya ejercitada en la que se ha debatido una concreta pretensión, pero no a las nuevas acciones cuyo contenido lo integran pretensiones no ejercitadas con anterioridad pues, como señala la doctrina constitucional, faltaría en este caso la identidad subjetiva que reclame el Instituto de las cosa juzgada". No puede obviarse el hecho de que el propio artículo 400 de la LEC comienza su relación refiriéndose de forma explícita a lo que se pide la demanda (1. Cuando lo que se pide la demanda pueda fundarse..."), lo que parece centrar el contenido del precepto en aquello que ha sido pedido en el primer proceso, máxime cuando la previsión del número 2, es subordinada de ese primer párrafo, según ha considerado la jurisprudencia, para quien "únicamente se justifica su aplicación cuando en ambos procesos se deduzca- en las demandas de uno y otro- igual pretensión (SS Tribunal Supremo 25 junio 2009 , 8 de octubre de 2014 y Auto Tribunal Supremo 2 de diciembre de 2015).

Precisamente la doctrina del Tribunal Supremo también ha seguido en los últimos pronunciamientos igual tesis al afirmar que el artículo 400 LEC, no impide al demandante volver a formular una nueva demanda si en ella lo que se ejercita es una acción distinta aunque se hubiera podido acumular en el primer pleito, relegando la aplicación de la cosa juzgada a aquellos procesos en que se produzca igual pretensión en las demandas de uno y otro. Es en tal caso, cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues en tal caso la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a estimar bien la excepción de litis pendencia si el primer proceso se haya pendiente o la de cosa juzgada, si en él mismo ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material (Sentencia TS de 25 de junio de 2009 , de 10 de marzo y 30 de marzo de 2011 , 9 de enero y 5 diciembre 2013 , 8 de octubre y 19 noviembre 2014 , 2 de diciembre de 2015 y 21 julio 2016)....

Por su parte la STS de 5 de diciembre de 2013 también ha interpretado el reiterado artículo 400 en iguales términos: Del texto del precepto se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda"; añadiendo la STS de 19 noviembre 2014 que "lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a los mismos hechos tenga contra el demandado".

Conforme a esta doctrina el artículo 400 de la LEC permite tener aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido alegados efectivamente la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior: "La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas" (STS de 19 de noviembre de 2014). Por ello para que sea efectiva la previsión que contiene el artículo 400 de LEC se requiere como presupuesto previo, la existencia de identidad de pretensión y que está, como resulta obvio y la propia norma exige, - que se haya formulado en demanda o en su caso en reconvencción (STS de 10 de marzo de 2010), siendo exigible para que pueda aplicarse el efecto preclusivo que sea igual lo que se pida en la demanda en uno y otro proceso(STS 14 de julio de 2014).

En definitiva lo que excluye el artículo 222 de la LEC, es un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso ya resuelto, exclusión perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 400.1 de la LEC que excluye la posibilidad de ejercitar acciones posteriores basadas en distintos hechos o fundamentos jurídicos que pudieran alegrarse en el anterior pleito cuando lo que se pide es lo mismo, pues una misma pretensión sólo puede plantearse una vez, al margen de los concretos hechos y fundamentos jurídicos que la puedan sustentar (ST de 5 diciembre 2013 y 19 de noviembre de 2014). Pero, conforme a esta misma doctrina y a la propia literalidad de los preceptos, ninguno de esos dos artículos que se acaban de citar impiden un pleito en el que se formulen pretensiones distintas, aunque estén vinculadas con la pretensión formulada en un pleito anterior y aunque pudieran haberlo sido, por cuanto que la acumulación objetiva de acciones es facultativa y no preceptiva para el actor, conforme resulta de lo dispuesto en el art.71.2 de la LEC.

La condena al pago de cantidad dineraria es una acción sustancialmente distinta de la mera declaración de nulidad de una cláusula contractual y ello aunque la primera presuponga la segunda, pues que una acción sea presupuesto de otra no quiere decir que el actor venga obligado a agotar todo aquello que puede pedir contra un demandado. Por el contrario, y dependiendo de cada caso, un demandante puede no ejercitar, según su interés y posibilidades, alguna pretensión subordinada, accesorio o derivada para, como ocurre en este caso concreto, adaptarse a la doctrina jurisprudencial existente en el momento y que por haber cambiado posibilita el planteamiento de una cuestión que hasta ese momento no podía serlo de forma eficaz. Lo que impide el artículo 400 de la LEC, es otra cosa, que con el pretexto de nuevas alegaciones que pudieron hacerse en el pito anterior se reproduzcan los mismos pedimentos.

Como se desprende de la ya citada sentencia de Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016 , la situación del actor que pide en un primer proceso la declaración de la existencia de su derecho para dejar la determinación de la deuda para un procedimiento posterior es similar al derecho que le permite ejercitar el artículo 219.3 de la LEC: "Se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades, o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". No en vano la sentencia del citado tribunal de 17 de abril de 2015 ha hecho aplicación de este artículo para permitir al demandante reclamar a una compañía de seguros la indemnización que resultaba de una previa sentencia en la que se había reconocido su derecho a ser indemnizado, pero sin que se determinasen en ese primer procedimiento las cantidades a percibir.

En consecuencia el ejercicio inicial de la acción de nulidad de la denominada cláusula suelo existente en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes no puede considerarse excluyente o preclusivo del actual ejercicio de la acción de reclamación de las cantidades cobradas en exceso por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula en el primer proceso y hasta el momento en que tal declaración se produjo. Debe en consecuencia, confirmarse el razonamiento que contiene la sentencia apelada, así como su conclusión condenatoria, máxime cuando tal criterio es el que ya rige en casos sustancialmente idénticos en la doctrina de Audiencias Provinciales (SS AP de Jaén de 10 de junio de 2015, de Zaragoza de 1 de julio de 2016)...".

2.- Trasladando esta doctrina al caso examinado, estimamos este motivo de impugnación.

Se considera que la pretensión en diferente proceso de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente se declara nula, -ya se considere como una acción diferente e independiente como acción de condena de la previa acción declarativa de nulidad de la cláusula, ya como una pretensión complementaria ligada a la anterior por ser un efecto de la misma-, no quedan comprendidas bajo las previsiones del art. 400 LEC cuando no se han ejercitado en un proceso previo de declaración de nulidad.

Igualmente ocurre cuando se reclama la devolución de otras cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente es declarada nula, y que no fue objeto del anterior procedimiento.

Máxime en un supuesto como el presente en que, precisamente, el efecto devolutivo que nos ocupa ha adquirido una clara autonomía y contornos propios, justificando incluso una decisión prejudicial del TJUE, concretamente la que resuelve su sentencia de 21 de diciembre de 2016, centrada precisamente en los efectos de esa declaración de nulidad en la forma más acorde para cumplir con los dictados de la Directiva 93/13. De ahí que también la eficacia del Derecho comunitario y la Jurisprudencia que lo interpreta, especialmente en esta materia de protección de consumidores para restablecer en su derecho al afectado por una cláusula abusiva, apunta también en la interpretación restrictiva del marco de aplicación del art. 400 LEC.

3.- Hacemos hincapié que, en el presente caso, los demandantes instan una petición de restitución correspondiente a un periodo diferente del anterior (que fue objeto del Juicio Verbal nº 104/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Barakaldo) que no podían pedir eficazmente en ese proceso ni debían hacerlo, debido a la vinculación existente a la doctrina jurisprudencial de Pleno del Tribunal Supremo que vedada dicha petición.

Ahora, bien, tras la doctrina del TJUE, antes mencionada, y como quiera que no fue articulada expresamente en los anteriores procesos, consideramos posible su reclamación en una interpretación del art. 400 de la LEC respetuosa con la doctrina jurisprudencial citada, y en concordancia con la efectividad del derecho comunitario.

4.- No estamos, pues, ante un supuesto de revisión de lo acordado en sentencia firme por cambio sobrevenido de la línea jurisprudencial preexistente, que es lo que han resuelto los Autos del Tribunal Supremo de 4 de abril y 10 de mayo de 2017, -en el sentido de impedir revisar lo resuelto sobre un periodo expresamente resuelto y denegado por sentencia anterior que goza de firmeza-, sino ante una pretensión nueva, no afectada por la cosa juzgada.

Tercero.

De las costas procesales de la primera instancia:

1.- A la vista de lo expuesto, y estimándose procedente la reclamación de cantidad por lo indebidamente pagado en aplicación de la cláusula suelo desde la formalización del préstamo hipotecario el 23 de abril de 2009 hasta el 8 de mayo de 2013, con estimación de la impugnación vertida por la parte actora, imponemos las costas procesales de la primera instancia a la parte demandada, en aplicación de la teoría de la estimación sustancial y al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al de efectividad del Derecho de la Unión.

2.- Nos remitimos a la argumentación jurídica contenida en nuestra Sentencia de 14 de marzo de 2018 de esta Audiencia Provincial de Bizkaia, partiendo de la consideración que han sido estimadas las dos pretensiones principales ejercitadas, una en reclamación de cantidad por aplicación de la cláusula suelo por un determinado periodo de tiempo y otra de nulidad por abusiva de la cláusula de atribución de gastos e impuestos a la parte prestataria, que no es objeto de esta alzada:

"51.- Por otro lado la cuestión esencial del litigio es la nulidad de las dos cláusulas que se han reconocido abusivas, y declarado como tales. Discutida una cuestión jurídica, como señalaba la actora en el fundamento jurídica 6ª de la demanda atendiendo la exigencia del art. 253.1 de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil (LEC), el importe de las consecuencias de esa declaración es irrelevante, pues tan estimatoria sería la demanda si las hubiera como si fuera simplemente declarativa. Por ello sostenía con razón la ahora recurrente y antes demandante, aplicando el art. 253.3 LEC (al ser inaplicables las reglas de los arts. 251 y 252), que la cuantía del procedimiento es indeterminada, ya que la condena dineraria es la consecuencia de nulidad, sea toda, mucha, poca o ninguna. La cuantía del procedimiento es indeterminada conforme al citado art. 253.3 LEC, puesto que no se reclama cantidad, sino la nulidad de dos cláusulas, es decir, una cuestión jurídica que no puede cuantificarse conforme a las reglas del art. 251 LEC.

52.- Por todo ello debe concluirse, siguiendo la jurisprudencia que contienen las STS 14 septiembre 2007, rec. 4306/2000, 7 mayo 2008, rec. 213/2001, 18 junio 2008, rec. 339/2001, 18 julio 2013, rec. 1791/2010, y todas las que citan, que "la equiparación de la estimación sustancial a la total", lo que supone que si se acogen esencialmente las pretensiones del demandante, lo procedente es verificar la condena en costas previstas en el art. 394.1 LEC..."

3.- Además es de aplicación la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 que considera como criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión que las costas de las instancias en casos similares se impongan al banco demandado, al recoger:



"Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera 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.

Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1.^a) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.^a) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.^a) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

4.^a) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado.

Cuarto.

De las costas procesales de esta segunda instancia:

La estimación del recurso de apelación comporta que no se efectúe pronunciamiento de las costas procesales devengadas en esta alzada, de conformidad con el art. 398.2º de la LEC.

Quinto.

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

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

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON R. Y DOÑA B., representados por el Procurador D. J. A. H., contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los



de Barakaldo, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 612/17, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la misma en el sentido de que, estimando sustancialmente la demanda presentada por D. R. y Dña.B. contra Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito:

A).- Debemos condenar y condenamos a la demandada a abonar a los actores las cantidades resultantes de la diferencia entre las cuotas pagadas del préstamo hipotecario de 23 de abril de 2009 en aplicación de la cláusula suelo, y las que habrían de haber pagado sin la aplicación de la mencionada cláusula, más los intereses legales devengados desde el momento en que dichas diferencias fueron produciendo, durante el periodo referido desde el 23 de abril de 2009 al 8 de mayo de 2013, y

B).- Debemos mantener y mantenemos la declaración de nulidad de la Cláusula Quinta del contrato de préstamo hipotecario de 23 de abril de 2009, y

C).- Todo ello con imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia a la demandada Caja Rural Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito, y sin pronunciamiento de las causadas en esta alzada.

Devuélvase a D. R. y D.ª B. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número xxxx xxxx xx xxxx xx. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.