

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

Laura Nieto Estella
PROCURADORA
13-01-2017
NOTIFICACION

SENTENCIA: 00541/2016

N10250
GRAN VIA, 37-39

-

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

2

N.I.G. 37274 42 1 2016 0002453

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000696 /2016

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.4 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000158 /2016

Recurrente: BANCO CEISS
Procurador: VERONICA ROJO MARTIN
Abogado:
Recurrido:
Procurador:
Abogado:

S E N T E N C I A

SENTENCIA NÚMERO 541/16
ILMO SR PRESIDENTE
DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO
ILMOS SRES MAGISTRADOS
DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ
Doña M^a LUISA MARRO RODRÍGUEZ

En la ciudad de
Salamanca a veintiocho
de Diciembre del año dos
mil dieciséis.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Ordinario N° 158 /2016 del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 696/2.016**; han sido partes en este recurso: como demandantes apelados D [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella, bajo la dirección del **Letrado Don Aitor Martín Ferreira**; como demandado apelante **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU**, representado por la Procuradora Doña Verónica Rojo Martín, bajo la dirección del Letrado Don Carlos Méndez Santos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día treinta de junio de dos mil dieciséis, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 4 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Estimar la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Nieto Estella, en nombre y representación de d.

[REDACTED] a [REDACTED] contra la entidad financiera Banco Ceiss S.A.U. y en consecuencia: Declarar la nulidad de pleno derecho, como condición general de la contratación abusiva, incluida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria elevado a escritura pública de fecha 20 de Julio de 2005, incluida como Clausulas Tercera Bis-Revisión del tipo de interés: /.../ sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que el tipo de interés aplicable en cada momento, independiente del que resulte conforme a la revisión efectuada, en ningún caso será inferior al 3,00%".- Condenar a la demandada a eliminar dicha condición general del referido contrato.- Condenar a la demandada a realizar la oportuna liquidación para la recíproca restitución por las partes de las cantidades abonadas indebidamente a consecuencia de la aplicación de la referida cláusula suelo, desde la firma de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, más los intereses legales.- Condenar a la demanda al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento"

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demanda y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, dictándose otra en la que se acuerde la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013, así como la no imposición de costas en la primera instancia, con expresa condena en costas del recurso a la parte apelada

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas a la parte apelante tanto de la primera instancia como de la alzada y, subsidiariamente, para el caso en el que el TJUE resuelva limitar los efectos de la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, solicita se recoja la fórmula establecida en la meritada sentencia SAP Salamanca Nº 291/2016 de 30 de junio de 2016 .

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno Rollo señalándose para la votación y fallo del recurso el día veintiuno de diciembre de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. **MAGISTRADO DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- La entidad demandada fundamentó su recurso de apelación en el error de derecho en lo relativo a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de acotación mínima del tipo de interés, así como en cuanto al pronunciamiento de las costas de la 1ª instancia.

La parte actora se opuso a dicho recurso.

Segundo.- Con fecha 4 de noviembre 2016 esta Sala, siguiendo el criterio del ATS de 12 abril 2006, acordó suspender la tramitación del presente recurso de apelación hasta la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE. Pues bien dichas cuestiones han sido resueltas por SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de fecha del 21 diciembre 2016 , en la que declara que:

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Por consiguiente, procede desestimar el presente recurso de apelación y confirmar íntegramente la sentencia apelada que declaró la nulidad de pleno de la cláusula en cuestión incluida en el contrato de novación modificativa del préstamo hipotecario celebrado en escritura pública de fecha 26 julio 2007, y condenó a la demandada a realizar la oportuna liquidación para la recíproca restitución por las partes de las cantidades abonadas indebidamente a consecuencia de la aplicación de la referida cláusula suelo más los intereses legales, desde la fecha de la celebración de dicho contrato.

Tercero.- Por otro lado, en cuanto a la imposición de las costas de la primera instancia, hemos de indicar que esta Sala en Pleno celebrado con fecha de 10-XI-201 en orden a la adopción de un criterio único en materia de costas para los casos de las denominadas cláusulas suelo, ha adoptado por unanimidad el siguiente criterio:

“En los casos de peticiones de condena alternativas y/o subsidiarias debe respetarse la primacía del criterio general del vencimiento, de manera que la estimación de alguna de las peticiones formuladas con carácter alternativo o subsidiario determina la condena en costas del demandado por aplicación del principio del vencimiento objetivo, una vez que no concurren circunstancias excepcionales que a modo de dudas de hecho o de derecho justifiquen la no imposición de costas a la parte vencida, la entidad demandada”.

En efecto, como es sabido, la imposición de costas constituye una consecuencia derivada del ejercicio temerario o con mala fe de las actuaciones judiciales, o de la desestimación total de estas, según el régimen legal que rijan el proceso o el recurso. Por consiguiente, la posibilidad de imposición de las costas en una determinada "litis", al constituir un riesgo potencial, exige en los litigantes la necesaria ponderación, medida y asesoramiento concurrentes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones. Y en cierto sentido, viene a actuar como corrección a litigiosidades caprichosas, totalmente infundadas, indebidas o incluso fraudulentas.

En este sentido la STS 1ª, nº 798/2010, de 10-X-2010 declaró que "el principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 394.1, primer inciso, LEC, se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones. Esta previsión tiene su precedente inmediato en el artículo 523, I LEC 1881 (LEC 1881\1) -en el que se contemplaba la facultad de juez de apreciar circunstancias excepcionales que justificaran la no-imposición de costas- y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado (STS 14 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5307), RC n.º 4306/2000).

Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490), RC n.º 532 / 2005, 10 de febrero de 2010 (RJ 2010\528), RC n.º 1971 / 2005), discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.

Por dudas de hecho, deben entenderse aquellas en las que los propios hechos objeto del litigio, a través, por ejemplo, de las pruebas que se hayan practicado, admiten diversidad de interpretaciones, siendo razonadas y lógicas las posturas sostenidas por las partes con relación a los mismos (así, entre otras, SAP Badajoz, sección 2ª, de 2 noviembre 2004). Sin embargo, con buen criterio, señala la SAP Madrid, sección 10ª, de 11 mayo 2006, que la complejidad de un pleito no es por sí misma una circunstancia excepcional a los efectos de evitar la imposición de costas;

ni tampoco las dificultades en la prueba, como motiva la SAP Murcia, sección cuarta, de 31 octubre 2006.

Por su parte, las dudas de derecho concurren cuando una misma norma, o cualquier otro concepto jurídico, admite igualmente varias interpretaciones, entendiéndose la existencia de tales dudas cuando medie discrepancia, según dicho precepto, en la jurisprudencia, si bien, debe interpretarse esta en un sentido amplio, para incluir, por lo tanto, también la denominada "jurisprudencia menor" de las audiencias provinciales, puesto que el sistema de recursos de nuestro ordenamiento civil no permite la creación de doctrina legal consolidada del TS sobre muchas de las materias debatidas en los procesos.

Pues bien en el caso presente no concurren desde luego dudas, ni de hecho, como se desprende de lo razonado en la sentencia; ni de derecho, pues a raíz de la STS de 9 de Mayo de 2013, y las posteriores que la aplican, y la jurisprudencia del TJUE en que estas se fundamentan, no puede ya hablarse de dudas de derecho en materia de nulidad y control de transparencia de la denominada cláusula suelo.

La única cuestión a dilucidar, pues, es la relativa al juego procesal que respecto a la imposición o no de las costas pueda tener la petición en el suplico de la demanda que dio inicio al presente juicio de peticiones o condenas alternativas o subsidiarias. A cuyo respecto hemos de recordar que la STS, Civil sección 1 del 17 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1321/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1321), Sentencia: 173/2016 | Recurso: 2532/2013 | Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA señala que “ la estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, se condene a la demandada al pago de las costas de primera instancia, pues es jurisprudencia constante la que afirma que la estimación de alguna de las peticiones formuladas con carácter alternativo o subsidiario determina la condena en costas del demandado por aplicación del principio del vencimiento objetivo.

En igual sentido la STS, Civil sección 1 del 14 de septiembre de 2007 (ROJ: STS 5925/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5925), Sentencia: 963/2007 | Recurso: 3514/2000 | Ponente: CLEMENTE AUGER LIÑAN, declaró que “sobre el juego procesal que respecto a la imposición o no de las costas pueda tener la petición en el suplico de las demandas de condenas alternativas o subsidiarias, con vistas a lo

dispuesto en el artículo 523 de la Ley Rituaria , recuerda la Sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1998 que "es conveniente partir de que los conceptos de alternatividad y de subsidiariedad como manifestaciones de opción entre dos o más cosas u obligaciones la primera, y del "en sustitución de" o "del en lugar de" la segunda, cuando como aquí acontece se proyectan sobre un aspecto procesal, el relativo a la imposición de costas; o uno u otro o ambos aparecen en el suplico de las demandas juntamente con una petición principal en los casos de alternatividad, o de sustitución en las de subsidiariedad, es tema transcendente habida cuenta precisamente ese "totalmente rechazadas" que en el párrafo primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se contiene. Dado el alcance de los referidos conceptos, la solución adecuada si se tiene en cuenta la "mens legislatoris", es la de estimar que el hecho de admitir la petición principal, o la subsidiaria o cualquiera de las formuladas alternativamente implica en principio una admisión total de la demanda, ya que a) cuando el actor formula peticiones alternativas, la sentencia que accede a una de las solicitudes conlleva una admisión total de lo pedido en cuanto no pueden en principio concederse las dos o más alternativas a la vez; b) Que cuando se contiene en el "petitum" de las demandas una petición subsidiaria lo que con ello se hace es ofrecer también al Juzgador una posibilidad de opción entre las dos, con lo cual la decisión del mismo en uno u otro sentido lleva implícita una admisión total de la pretensión por la que opte, en cuanto tampoco pueden en términos generales concederse la principal y la subsidiaria; c) Porque comprendiendo lo dicho, no pueden eliminarse de la idea del "victus victori" o vencimiento objetivo los supuestos de procesos en que formulándose las peticiones del acto con criterio de alternatividad o de subsidiariedad, la decisión del juzgador optando por una u otra petición elimine dicho vencimiento, en cuanto ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor cuando dichas situaciones se presentaren". Tal doctrina viene siendo reiterada en las SSTS de 30 de mayo de 1.994, 1 de junio de 1.994, 1 de junio de 1.995, 11 de julio de 1997, 4 de mayo de 2004 y 27 de septiembre de 2005 , entre otras.

En definitiva, la estimación en segunda instancia de la pretensión subsidiaria cursada en la demanda no excluye, como se ha visto, el vencimiento de los actores

y, en definitiva, la aplicación del principio "victus victori" contenido en la norma que se invoca como infringida. Por otra parte, no puede olvidarse que, si bien la parte demandada, al tiempo de recaer Sentencia firme en los autos precedentes número 57/1991 , ofreció a sus compradores, vía requerimiento notarial, el reintegro del precio pagado en su día por las parcelas enajenadas, según se tiene por cierto en estos autos, negó después, expresamente, en su contestación a la demanda, la procedencia del importe a que se refiere el artículo 1477 del Código Civil , oponiéndose así, totalmente, a la estimación de la demanda, lo que determinó la necesidad de que se siguiera todo el proceso en su contra, situación que posiblemente no se habría producido si hubiera aceptado la pretensión formulada de modo subsidiario”.

Y en fin, la STS, Civil sección 1 del 21 de mayo de 2008 (ROJ: STS 4599/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4599), Sentencia: 396/2008 | Recurso: 696/2001 | Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS, señala también que “a pesar de haberse estimado la petición subsidiaria de los demandantes, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia no condenó en costas al demandado. La sentencia de la Audiencia la confirmó y condenó al apelante al pago de las costas de la segunda instancia.

Ambas sentencias contradicen el régimen legal y la doctrina reiterada de la Sala en cuanto a la condena en costas, según la cual basta para su imposición el vencimiento objetivo del pleito, circunstancia que se produce con la estimación de la petición alternativa o, incluso, subsidiaria del actor, (entre otras y por orden cronológico inverso, STS 18 de diciembre de 1999, 15 de marzo de 1997, 1 de junio de 1995, 30 de mayo de 1994, 27 de noviembre de 1993 y 29 de octubre de 1992)”.

Por todo lo expuesto, en el presente caso la solución adoptada por el juzgado, resulta conforme a derecho y debe en esta sede confirmarse de acuerdo con la primacía del criterio general del vencimiento, una vez que, como ya se ha razonado no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen la no imposición de costas a la parte vencida, la entidad demandada.

Cuarto.- Por lo que se refiere a las costas de este recurso de apelación, por aplicación del artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 “ in fine” LEC, no

procede hacer imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, en atención a las dudas de derecho existentes, derivadas de la diferencia de criterio respecto al alcance de la nulidad de una cláusula nula existente entre las sentencias del Tribunal Supremo Español y las del TSJUE, diferencias de criterio que han sido superadas y han terminado tras la sentencia antes citada de dicho Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U.** contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2016, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Salamanca, que confirmamos en su integridad, sin hacer imposición de las costas este recurso ninguna de las partes.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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

D^a María Luisa Marro Rodríguez, “votó en Sala y no pudo firmar”; y conforme establece el art. 261 LOPJ salva la firma el que preside D. José Antonio Vega Bravo.