



SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
Avda. Tres de Mayo nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 34 94 07  
Fax.: 922 34 94 06  
Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org  
Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:  
0000053/2016-00  
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 3 de  
Güímar

Rollo: Recurso de apelación  
Nº Rollo: 0000820/2016  
NIG: 3802041120160000170  
Resolución: Sentencia 000341/2017

*NOTIFICADO 25-07-17*

Intervención:  
Apelado  
Apelante

Interviniente:  
CAIXABANK, SA

Abogado:  
Miriam Campelo Gutierrez  
Agora Rosales Merenciano

Procurador:  
Ana Jesus Garcia Perez  
Beatriz Soledad Ripolles  
Molowny

## SENTENCIA

**Ilmas. Sras.**

**Presidenta:**

**D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO**

**Magistradas:**

**D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ (Ponente)**

**D<sup>a</sup>. MÓNICA GARCÍA DE YZAGUIRRE**

En Santa Cruz de Tenerife, a veintiuno de julio de dos mil diecisiete.

Visto por las Ilmas. Sras. Magistradas arriba expresadas el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 53/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Güímar, promovidos por D. \_\_\_\_\_ representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Beatriz Ripollés Molowny, y asistido por la Letrada D<sup>a</sup>. Ágora Rosales Merenciano, contra la entidad mercantil Caixabank, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Jesús García Pérez, y asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. Miriam Campelo Gutiérrez; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY. la presente sentencia:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada Juez D<sup>a</sup>. María Cristina González Padrón, dictó sentencia el día veintiuno de julio de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Beatriz Ripollés Molowny, en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_ contra la entidad CAIXABANK, S.A. y, en consecuencia:*

*1.- Se declara la nulidad de la cláusula suelo contenida en la cláusula TERCERA BIS, que lleva*





por título TIPO DE INTERÉS VARIABLE, del préstamo con garantía hipotecaria de fecha 17 de mayo de 2007, por ser abusiva.

2.- Se condena a la demandada a devolver al actor los intereses ordinarios cobrados en exceso por la aplicación de la referida cláusula suelo a partir de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 09.05.2013, más el interés legal desde la fecha de su cobro hasta el pago, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

3.- Se condena a la demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable del demandante, objeto de esta demanda, que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.

4.- Se condena a la entidad demandada al pago de las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado por la contraria, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente rollo, personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Beatriz Ripollés Molowny, asistida de la Letrada D<sup>a</sup>. Ágora Rosales Merenciano, la parte apelada se personó por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Jesús García Pérez, asistida de la Letrada D<sup>a</sup>. Miriam Campelo Gutiérrez; señalándose para deliberación, votación y fallo el día diecinueve de julio del corriente año.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. **MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia estima parcialmente la demanda en la que la deudora hipotecaria, prestataria, insta la nulidad de la "cláusula suelo", inserta en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria frente a Caixabank S.A.

Recurre el actor, quien reitera su pretensión de que se otorgue a la nulidad declarada los efectos previstos en el artículo 1303 del Código Civil.

El apelado se opone al recurso e insta la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** Procede la revocación de la sentencia en el sentido interesado por el recurrente, debiendo aplicarse a la nulidad de la cláusula los efectos previsto en el artículo 1303 del Código Civil, es decir de la restitución de todo lo percibido en aplicación de la cláusula nula más sus intereses, de conformidad con el criterio acogido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (Roj: STS 477/2017 - ECLI:ES:TS:2017:477): "QUINTO. - Resolución del único motivo de casación. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación. 1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70 ; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77 ; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85 ; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06 ,) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero ; 58/2004, de 19 de abril ; 78/2010, de 20 de octubre ; y 145/2012, de 2 de julio , entre otras





muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980). Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10). Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14). 3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que: a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. 4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que, aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión. 5.- La desestimación del único motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de una cuestión nueva planteada en el mencionado





*escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido. Es decir, esta alegación debe desestimarse porque se trata de un planteamiento nuevo que no se formuló oportunamente en el momento procesal adecuado, el recurso de casación. Además, la extemporaneidad afecta a otros principios esenciales como son los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales - art. 24.1 CE -, como resalta la jurisprudencia de esta Sala (sentencias 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; y 268/2013, de 22 de abril, entre otras muchas).”*

**TERCERO.-** Estimado el recurso de apelación no procede especial pronunciamiento en costas en esta alzada (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

**1º.-** Estimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Beatriz Ripollés Molowny en nombre y representación de D.

**2º.-** Revocar parcialmente la sentencia dictada el 21 de julio de 2016 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n.º 3 de Güimar en Autos de Juicio Ordinario nº 53/2016.

**3º.-** Estimar la demanda formulada por la Procuradora Sra. Ripollés Molowny en la representación que ostenta, condenando a la demandada, Caixabank S.A., a la devolución de todas las cantidades percibidas en aplicación de la cláusula declarada nula y los intereses de las mismas desde su cobro.

**4º.-** Mantener el resto de la resolución.

**5º.-** No formular expresa condena en costas en esta alzada.

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2<sup>a</sup>, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez sea firme la anterior resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Así por esta, nuestra sentencia, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





**PUBLICACIÓN.-** Publicada ha sido la anterior sentencia por las Ilmas. Sras. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Letrada de la Administración de Justicia de la Sala, certifico.-



descargada en [www.asufin.com](http://www.asufin.com)