



Roj: SJM PO 487/2013
Id Cendoj: 36057470032013100006
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Vigo
Sección: 3
Nº de Recurso: 85/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: JOSE MARIA BLANCO SARALEGUI
Tipo de Resolución: Sentencia

JUZGADO MERCANTIL Nº3

PONTEVEDRA

ORDINARIO 85/13

SENTENCIA

En Vigo, a 16 de diciembre de 2013

Vistos por mí, José M^a Blanco Saralegui, Magistrado juez del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra los autos de juicio ordinario registrados con el número de 85/13, iniciados a instancias de D. Ismael , representada por el Procurador Sr. Vidal y asistida por el letrado Sr. Alfaya Masso contra NCG Banco SA, representada por el Procurador Sra. Portabales y asistido por el letrado Sr. Piñeiro Santos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por el Procurador Sr. Vidal en la representación acreditada se interpuso con fecha 21 de marzo de 2013 demanda de juicio ordinario en la que tras exponer los hechos y fundamentos que estimaba de aplicación, terminaba suplicando la condena del demandado a la cantidad consignada en el suplico.

SEGUNDO- Se emplazó al demandado para comparecer y contestar, lo que hizo en tiempo y forma oponiéndose a la demanda; se convocó a las partes al acto de la audiencia previa, que tuvo lugar con fecha 16-10-13, y resultando pendiente de resolución la excepción de cosa juzgada - que lo fue por auto de fecha 25 de octubre de 2013, desestimatorio-, ambas partes convinieron en que, aceptada por la demandada la nulidad de la cláusula suelo, el objeto de controversia se circunscribía a una cuestión estrictamente jurídica, por lo que quedaron los autos pendientes de resolución, ex artículo 428.3 Lec.

TERCERO- En el presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- La presente sentencia es la primera que se dicta, en el ámbito territorial de esta jurisdicción, en relación con la cuestión litigiosa planteada, tras el dictado de la sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo - 9-5-13-, auto de aclaración de la misma Sala - 3-6-13-, en ambas ponente Sr. Gimeno-Bayón Cobos; este tribunal, añadidamente, ha esperado de forma deliberada para su resolución a la publicación del auto resolutorio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones promovido por algunas de las partes de ese proceso con intención expresa de acudir, en recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional; la fecha de esta última resolución es de 6-11-13- ponente Sr. Sarazá Jimena-.

El objeto del pleito ha quedado notoriamente limitado en la medida que, aunque la contestación no tuvo en cuenta la doctrina sentada por el Pleno de la Sala Primera- estaba pendiente de resolverse el recurso de aclaración contra la misma-, en el acto de la audiencia previa ambas partes han puesto de manifiesto que Novagalicia Banco SA cesó en la aplicación de la cláusula en ambos préstamos hipotecarios con efectos de 9 de mayo de 2013. El debate, así, descartada la cosa juzgada - alegación que sustituyó en la audiencia previa al de la litispendencia, a la que se añadió una pérdida de objeto absolutamente inconcurrente-, se centra de modo exclusivo en si el pronunciamiento de nulidad solicitado en la demanda implica, además del pronunciamiento declarativo de la misma, los efectos restitutorios propios del artículo 1303 Cciv.

SEGUNDO- La cuestión se reconoce expresamente como polémica. A favor de la restitución de cantidades se han pronunciado diversos órganos judiciales, no sólo en la instancia - JM Orense, JM 1 Bilbao, JM 5 y 10 de Barcelona-, sino también algunas Audiencias Provinciales- Álava, Cuenca-. En contra, se han pronunciado al menos, el JM 9 de Barcelona, el JM 2 de Madrid, JM 1 Murcia, la AP de Cáceres , AP de Alicante y AP Madrid (sección 28ª). En su mayoría, han sido alegadas, cuando no reproducidas, por las partes en sus escritos alegatorios finales, por lo que la reseña más amplia de las mismas o la cita de sus fechas parece ociosa.

Es evidente que la disparidad de criterios no favorece en absoluto la seguridad jurídica y que, al menos en apariencia, el Tribunal Supremo ha generado un problema que será él mismo el encargado de resolver. Ocurre que, hasta que exista una sentencia en casación en relación con este tema litigioso, la cuestión seguirá siendo discutida, por lo que intentaremos simplificar al máximo el tratamiento de la cuestión.

El origen de la polémica viene sin duda marcado por el pronunciamiento de la STS 9-5-13 en relación con la irretroactividad de la sentencia, cuyo fallo se pronuncia así: " *No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*"

El fundamento de derecho en que se basa el fallo -decimoséptimo- tiene que ver con el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, en que de forma expresa se solicita limitar el elemento temporal de la sentencia, párrafos 278 y siguientes. El fundamento de derecho, tras confirmar que la acción de cesación ejercitada en la demanda se proyecta *ad futurum*- artículo 53 TRLCU y 12 LCGC-, comienza afirmando que los efectos generales de la nulidad son los de borrar los rastros del negocio jurídico en línea general con lo dispuesto por el artículo 1303 del código civil, efecto que también se produce en la nulidad de las cláusulas abusivas - ver STJUE 21.3.13-; sin embargo, continúa afirmando - a modo ejemplificativo- que el ordenamiento jurídico permite limitar la retroactividad de las resoluciones, y que los tribunales - así el TC o el propio TS en sentencia de 13 de marzo de 2012- han utilizado dicha facultad moderadora. A partir de este razonamiento, examina una serie de condiciones que concurren en el presente supuesto, a la cabeza de las cuales se encuentra el hecho de que las mismas son lícitas, y que la nulidad se acuerda no por su oscuridad interna sino por la insuficiente información, presupuestos a los que añade la eventual trascendencia para el orden público económico y otros semejantes.

TERCERO- La sentencia, por tanto, resuelve *definitivamente* - y se hace hincapié en lo de "definitivamente" porque, tras la resolución de los recursos de casación e infracción procesal, no cabe recurso ordinario alguno- sobre su ámbito de aplicación en un sentido negativo- : no afecta a situaciones definitivamente resueltas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada - lo que no deja de resultar obvio-, *ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*. Desde esta perspectiva, las razones para adoptar el pronunciamiento del Tribunal Supremo son evidentes:

Firmeza del pronunciamiento. Debe tenerse presente que el incidente de nulidad de actuaciones recientemente resuelto fue intentado por dos de las tres entidades financieras codemandadas- dicho sea de paso, la hoy demandada Novagalicia Banco SA no formuló incidente de nulidad de actuaciones de forma autónoma y aprovechó indebidamente el traslado de los incidentes interpuestos para elaborar el suyo propio, lo que sirvió únicamente para que fuera tenido en cuenta en cuanto sirviera para reforzar los motivos de nulidad invocados por los otros dos codemandados-. Lo que importa, a nuestros efectos, es que esa limitación de efectos de la nulidad no pende, tampoco, de recurso extraordinario de ninguna clase, pues AUSBANC CONSUMO no formuló incidente excepcional de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo constitucional en relación con dicho pronunciamiento limitativo del alcance de la retroactividad. En suma, el pronunciamiento gustará o no, será susceptible de todas las críticas que se quieran formular desde el punto de vista doctrinal, pero sólo a efectos dialécticos. Pretender discutir si dicho pronunciamiento vulnera las normas sobre la retroactividad o la tutela judicial efectiva, desde un órgano de instancia, se nos antoja inaceptable.

La resolución del TS es jurisprudencia. Es cierto, como afirman algunas resoluciones, que el juez está vinculado tanto o más a la ley que a la jurisprudencia. Pero tal pronunciamiento se ha de matizar; con criterio general, es jurisprudencia la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al aplicar el sistema de fuentes del derecho - artículo 1.6 Cciv-, y que tal función es meramente complementadora del ordenamiento jurídico; pero si el Tribunal Supremo, en cualquiera de sus Salas, aborda en Pleno una determinada cuestión es con la intención de fijar doctrina jurisprudencial sin necesidad de esperar a una segunda sentencia en el mismo sentido. Basta ver el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012- BOE 24-10-12- de reparto de asuntos para 2013 donde, respecto a la Sala

Primera, se dice: "la Sala en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto se lleve a cabo por todos los Magistrados, *atendiendo a la función unificadora y de creación de doctrina jurisprudencial que incumbe al Tribunal*, en cuyo caso se designará un ponente de entre los Magistrados de la Sala, comenzando por el más moderno y siguiendo el orden inverso de antigüedad o designación como Eméritos o Suplentes para ulteriores señalamientos del Pleno. Asimismo, cualquier Magistrado podrá instar al Presidente la convocatoria de la Sala en Pleno para la resolución de un recurso del que sea ponente o conozca su Sección. En el caso de que el Presidente acuerde que se reúna la Sala en Pleno, se mantendrá la ponencia asignada. Forman parte de la Sala en Pleno todos los Magistrados de la Sala Primera". Huelga decir que, en mi opinión, un recurso de casación articulado frente a las sentencias de las Audiencias Provinciales que están interpretando en sentido contrario la sentencia de Pleno dictada sobre la base del artículo 477.3 Lec- infracción de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo- tiene altas posibilidades de ser estimado. Generar euforia colectiva o expectativas al consumidor de que la restitución de cantidades es viable supone, a mi juicio, un empeño voluntarista, sujeto a que las entidad financieras afectadas por esta resolución decidan no recurrir las sentencias de instancia o apelación, y cercena de plano la razón de fondo expresamente invocada por el Tribunal Supremo para limitar la retroactividad: razones de seguridad jurídica, que es un valor constitucional a tener en cuenta en la aplicación del derecho, y que está siendo ampliamente cuestionado por la dispar interpretación de los tribunales españoles. Es cierto que hay presentados recursos de casación contra otras sentencias dictadas por otros órganos jurisdiccionales en relación con acciones colectivas interpuestas contra determinadas cláusulas suelo de la misma y otras entidades bancarias - así, contra la SAP Madrid, sección 28ª, de 26-7-2013, ponente Sr. García García, pleito en que fueron parte OCU vs BBVA y Banco Popular-, pero de lo que no existe duda es de que, establecidos determinados criterios de nulidad por falta de transparencia en relación con las cláusulas que efectivamente fueron examinadas en la presente acción colectiva - y lo fueron las cláusulas suelo de Novagalicia Banco SA-, y cumplido por dicha entidad bancaria el pronunciamiento propio de la acción de cesación- el cese en la utilización-, el pronunciamiento sobre la restitución de cantidades efectivamente satisfechas resulta improcedente.

En la interpretación de dicha sentencia, no puede tomarse la parte por el todo, ni los supuestos ejemplificativos como motivos autónomos de aplicación ad casum. Es un pronunciamiento recurrente de las sentencias que se apartan de la doctrina jurisprudencial el manifestar que una reclamación de cuantía ínfima no altera el orden público económico; a mi juicio, dichas resoluciones están obviando que esa eventual alteración es sólo uno de los elementos que tiene en cuenta Tribunal Supremo para tomar su decisión, afectante a todos los pagos realizados en virtud de las cláusulas afectadas por la sentencia, pero en ningún modo autoriza a los tribunales de instancia a valorar si, en cada acción individual, alguno o algunos de los tenidos en cuenta son concurrentes para poder alterar el resultado del mismo. En todo caso, el argumento utilizado es fácilmente reversible, pues si se incentiva la restitución de cantidades en todos los contratos de préstamo con cláusulas suelo realizados antes del 9 de mayo de 2013, la suma de todos esos procesos obviamente sí repercutirá en el orden público económico.

En todo caso, la presente resolución no puede convertirse en una lluvia de ideas a favor o en contra de la resolución de casación, ni este órgano judicial quiere añadir más argumentos en lo que, *de facto*, ha sido un alineamiento o toma de postura favorable o desfavorable a lo dispuesto por el Tribunal Supremo, como si correspondiese a los jueces de instancia analizar las brechas de tal resolución para escaparse de lo que la misma ordena o armar sus resoluciones añadiendo razonamientos a mayores de los expuestos en la sentencia de casación; tampoco en un argumento para comenzar el *fórum shopping* soslayando normas de competencia territorial indeclinables- 52.1.14º Lec-; la sentencia del TS es una resolución que, por lo sintéticamente expuesto, constituye doctrina jurisprudencial y afecta por entero a las cláusulas aquí examinadas, dejando intactas las anteriores a su dictado y obligando al cese en la utilización de las siguientes, lo que supone la estimación parcial de la demanda.

TERCERO- Con respecto a las costas, y de conformidad con el artículo 394 de la vigente ley de enjuiciamiento civil, en aplicación del criterio del vencimiento objetivo, y dada la estimación parcial y las abundantes resoluciones contradictorias, no ha lugar a especial imposición.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Vidal en la representación acreditada, DECLARO NULA, en los dos préstamos hipotecarios suscritos por el demandante, de 31 de julio de 2008, la cláusula relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable- cláusula suela-,



CONDENANDO a Novagalicia Banco SA a eliminar dicha condición del préstamo hipotecario a interés variable del que es objeto la demanda, ABSOLVIENDO al demandado de los demás pedimentos contra el mismo formulados, sin expresa imposición de las costas causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación en ambos efectos en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente resolución, a través de escrito, para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial de Pontevedra, previa consignación, al prepararlo, de 50 euros en la forma prevenida en la DA 15ª LOPJ.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

José Mª Blanco Saralegui,

Magistrado del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra.

PUBLICACIÓN-Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ