



Roj: **SAP MU 169/2017 - ECLI: ES:APMU:2017:169**

Id Cendoj: **30030370042017100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **02/02/2017**

Nº de Recurso: **1030/2016**

Nº de Resolución: **60/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00060/2017

N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229137 Fax: 968 229278

002

N.I.G. 30030 47 1 2013 0000921

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001030 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de MURCIA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000435 /2013

Recurrente: María Cristina

Procurador: CARLOTA CECILIA JIMENEZ GOMEZ

Abogado: MARIA ELENA CORBALAN BARQUEROS

Recurrido: CAJAS RURALES UNIDAS S.C.C.(CAJAMAR)

Procurador: ANA BELEN VIUDEZ SANCHEZ

Abogado: LUIS GARCIA ALBARRACIN

SENTENCIA Nº 60

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Juan Martínez Pérez

Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, dos de febrero de dos mil diecisiete



Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número 435/2013 se han tramitado en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia entre las partes, como demandante y ahora apelante, María Cristina , representada por el/la Procurador/a Sr/a Jiménez Gómez y asistida del/a letrado/a Sr/a Corbalán Barqueros, y como parte demandada y ahora apelada, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el/la Procurador/a Sr/a. Viudez Sánchez y dirigida por el/la Letrado/a Sr/a García Albarracín. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 6 de octubre de 2015 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: *Que estimando parcialmente el suplico de la demanda promovida por María Cristina , representado/a por el/la Procurador/a JIMENEZ GOMEZ y defendido/a por el/la Letrado/a CORBALAN BARQUEROS, contra CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, representado/a por el/la Procurador/a VIUDEZ SANCHEZ y defendido/a por el/la Letrado/a GARCIA ALBARRACION , en este juicio que versa sobre nulidad de condiciones generales y reclamación de cantidad, procede efectuar los siguientes pronunciamientos;*

1.- Debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula suelo inserta en le escritura de préstamo hipotecario de fecha 2 de agosto de 2007 que dispone " No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al 15% anual salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3,25 por cien nominal anual."

2.-Debo condenar y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula.

3.- Debo condenar y condeno a la demandada al pago a favor de los demandantes de la diferencia entre las cantidades que se hayan pagado desde la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 por aplicación de la referida cláusula, y las cantidades que se hubieran debido abonar sobre la base de recalcular los pagos según las condiciones pactadas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de no haber existido la cláusula que se deja sin efecto, con sus intereses legales devengados desde la indicada fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en la cuantía que resulte hasta la definitiva inaplicación de la cláusula.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante interesando su revocación en el sentido de que se condene a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo también con anterioridad a la STS de 09/05/2013 , con imposición a la misma de las costas de ambas instancias. Se dio traslado a la otra parte, habiendo formulado oposición, con confirmación de la sentencia impugnada

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 1030/2016, señalándose para votación y fallo el día 1 de febrero de 2017.

CUARTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento

1. La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la cláusula contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario concertada con Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito que establece un límite a la variación del tipo de interés aplicable. Y consecuentemente condena a la entidad prestamista a restituir las cantidades cobradas en exceso por aplicación de esa cláusula en los términos contenidos en el fallo transcrito en los antecedentes de esta resolución, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo

2. Disconforme parcialmente con esta resolución, la parte actora apela por dos motivos : 1º) considera desacertada la limitación de la devolución de intereses solo a los devengados tras la STS de 9 de mayo de 2013 , al entender que el art 1.303 CC y la Directiva de protección de **Consumidores** determinan que la retroactividad ha de ser total y no limitada, por lo que procede suprimir la limitación temporal e imponer las costas a la entidad demandada, y 2º) por infracción del art 394LEC , ya que la acción entablada es la de nulidad de las condiciones generales de la contratación, que ha sido estimada, siendo la condena pecuniaria no una acción distinta sino



una consecuencia necesaria inherente a aquélla, por lo que limitación temporal no debe impedir la condena en costas a la entidad bancaria

3. A ello se opone la entidad bancaria, que considera acertada la sentencia, al ajustarse a la STS de 25 de marzo de 2015 en cuanto a los intereses, sin que proceda la imposición de costas, ya que la actora reconoce en su demanda que Cajamar ante de la misma ya había dejado de aplicar la cláusula en cumplimiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (folio 17, pag 16) , por lo que la buena fe en la actuación de la entidad bancaria es evidente, al actuar con arreglo a lo ordenado judicialmente

Segundo.- La devolución de cantidades: la retroactividad ilimitada

1. La cuestión de la devolución de cantidades derivada de la nulidad de una cláusula suelo ha dado lugar a una polémica judicial de todos conocida, y sobre ello nos hemos pronunciado en la reciente sentencia de 12 de enero de 2017 en los términos siguientes:

"Este Tribunal se había pronunciado de manera reiterada (entre otras, en las sentencias de 12 de septiembre de 2013 y 13 de marzo , 8 de mayo , 3 de julio y 2 de octubre de 2014) a favor de la retroactividad de la nulidad de la cláusula abusiva en aplicación de los artículos 9 y 10 de la LCGC y el art. 1303 del Código Civil , que establece que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, de manera que la declaración de nulidad de la denominada "cláusula suelo", por abusiva, tenía como efecto jurídico inherente y "ex lege", la reintegración de los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma, y concretamente, la devolución por la entidad financiera de la cantidad cobrada por aplicación de dicha cláusula abusiva, de acuerdo con la regla clásica " quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto).

Tras la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 , al constituir doctrina jurisprudencial, atendiendo a razones de seguridad jurídica - art 9CE - en la que descansa la fuerza de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico- art 1.6CC -, modificamos nuestro criterio con la asunción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en dicha sentencia, que limitaba el alcance de la retroactividad a las cantidades percibidas tras la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013

Doctrina jurisprudencial que no adecua al Derecho de la Unión Europea, como ha resuelto la reciente STJUE de 21 de diciembre de 2016 que declara:

*"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."*

*2. En dicha sentencia, el máximo intérprete del Derecho de la Unión, tras indicar "...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", afirma que "...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 , 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 sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013" por lo que concluye que una jurisprudencia nacional de ese tipo "... sólo permite garantizar una protección limitada a los **consumidores** ... Así pues, 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, apartado 1, de la citada Directiva", ordenando en el párrafo 74 que los órganos jurisdiccionales remitentes -vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia- se abstengan 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 "*

3. A la vista de ello, y aclarado el sentido de la Directiva, este Tribunal retoma su inicial criterio interpretativo recordando que según el artículo 4 bis.1 LOPJ

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



Por tanto, y a salvo las situaciones amparadas por la cosa juzgada, no cabe imponer a la devolución de cantidades límite temporal, sin que ello precisara siquiera petición expresa de la parte, al ser una consecuencia ex lege derivada de la ineficacia de la cláusula.

Así lo impone (i) el art 3, 6 y 7 de la Directiva y el respeto a la jurisprudencia del TJUE citada y (ii) la jurisprudencia española en los supuestos de ineficacia contractual, y en concreto en interpretación del art 1.303 CC, por lo que debe ser acordada de oficio, sin que sufra merma alguna por ello el principio de congruencia. Como dice la STS de 23 de noviembre de 2011, reiterada en la Sentencia de 24 de marzo de 2015

"... para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105/1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 24 de febrero de 1992 (recurso número 105/1990), 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre, 473/2006, de 22 de mayo, entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia.

4. Cantidades a devolver con sus intereses legales desde la fecha de pago de cada uno de los pagos de las respectivas cuotas, como así lo prevé el art 1.303 CC, ya que no son propiamente intereses moratorios del art 1.108 CC dado que como dice la Sentencia del TS citada

" se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa "

Consecuencia de ello es que son aplicables "cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento " a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo. "

2. Correlato de todo lo anterior es la estimación del recurso, ya que el parecer de la sentencia impugnada, que seguía la doctrina jurisprudencial impuesta por el TS, no es ajustado al Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE, por lo que procede la condena a devolver las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula nula, sin limitación alguna, desde la fecha de pago de cada uno de los pagos de las respectivas cuotas,

Tercero. Costas de la primera instancia

1. La sentencia no impone las costas a la demandada por considerar que la estimación de la demanda es parcial

2. Aunque este Tribunal no comparte esta opinión, y ha venido considerando que en estos casos se produce una estimación sustancial, que ahora es total al no establecerse límite temporal a la condena restitutoria, no podemos estimar el recurso en este particular, por lo que procede confirmar la ausencia de condena por las razones siguientes, ya apuntadas en nuestra previa sentencia de 28 de julio de 2016

3. El punto de partida es que era innecesaria la acción declarativa de nulidad y de eliminación de la cláusula " suelo " ejercitada en la demanda cuando el banco demandado en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de 9 de mayo de 2013, al ser una de las entidades condenadas, la había ya eliminado de los contratos de préstamo antes de la demanda. Así lo reconoce expresamente en la demanda (pág. 16, folio 17)

Por tanto, al margen de la problemática sobre la eficacia de la STS de 9 de mayo de 2013 respecto de la impugnación de la cláusula suelo en acciones individuales en aquellas entidades que fueron parte en aquel proceso (sobre las que se ha pronunciado este Tribunal in extenso en auto de 8 de enero de 2016, en el que nos hacíamos eco de la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 y de la 29 de abril de 2015 dictadas en litigios en los que se ejercitaba la acción individual de nulidad de "cláusulas suelo" frente a una entidad condenada en la STS de 2013) debemos concluir que si antes del litigio había sido suprimida la cláusula judicialmente declarada nula por el TS, no concurría interés en obtener la pretensión declarativa de nulidad y de condena a su eliminación. El único interés real era el relativo a la pretensión de devolución

El que el pronunciamiento relativo a la nulidad no haya sido impugnado en esta alzada, y por ello ha devenido firme, no significa que no debemos tener en cuenta lo antes dicho a la hora de las costas

4. Centrado así el verdadero debate judicial en el alcance de la retroactividad, es decir, si procedía devolver las sumas pagadas por el prestatario por la aplicación de la cláusula nula desde su inicio, y no en los términos fijados en la sentencia, es claro que nos encontramos ante una cuestión que presenta serias dudas de derecho,



en los términos del art 394 LEC , solo resueltas tras la STJUE de 21 de diciembre de 2013, por lo que cada parte deberá asumir las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad

Ello no contradice lo dicho en nuestra sentencia de 3 de diciembre de 2015 , ya que aquí no figura dato alguno que haga pensar a la consumidora que la entidad tras la STS de 9 de mayo de 2013 aun consideraba eficaz la citada cláusula

5. En definitiva, no es merecedor el banco de la condena en costas cuando se pide la nulidad de una cláusula cuya ineficacia ya había sido declarada nula a esta entidad bancaria, de manera que en ese extremo el litigio era innecesario, y ser la cuestión relativa a la eficacia retroactiva de la nulidad en estos casos dudosa a los efectos del art 394 LEC , como lo revela el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE (art. 398 LEC).

Cuarto.- Costas de la segunda instancia

1.La estimación parcial del recurso implica que no procede la imposición de costas de la alzada (art. 398 LEC).

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por María Cristina contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia en el Juicio Ordinario nº 435/2013 en fecha 26 de febrero de 2016, y debemos revocarla en el particular siguiente:

- Se deja sin efecto la limitación temporal de la condena al pago de las cantidades a devolver a la parte actora, con sus intereses legales desde cada uno de los pagos de las respectivas cuotas

No se efectúa expresa condena de las costas causadas en esta alzada

Procedase a la devolución al recurrente del depósito para recurrir

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

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

MODO DE IMPUGNACION

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea **no** tificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012