

SENTENCIA NÚM.: 219/14

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

D^a ROSA MARIA ANDRES CUENCA

D^a MARIA ANTONIA GAITON REDONDO

D^a PURIFICACION MARTORELL ZULUETA

En Valencia a dieciseis de julio de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA**, el presente rollo de apelación número 000187/2014, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000471/2013, promovidos ante el **JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA**, entre partes, de una, como apelante a _____ representado por el Procurador de los Tribunales **MANUEL ANGEL HERNANDEZ SANCHIS**, y asistido del Letrado **MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR** y de otra, como apelados a **CAJAMAR CAJA RURAL** representado por el Procurador de los Tribunales _____, y asistido del Letrado _____ en virtud del recurso de apelación interpuesto por

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de **JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA** en fecha 14/11/13, contiene el siguiente FALLO: "Que debo acordar y acuerdo estimar parcialmente la demanda interpuesta a instancia de, contra, y en consecuencia, 1) Se declare la nulidad de la cláusula contenida en la estipulación tercera this, apartado cinco, página 35, de la escritura notarial de préstamo hipotecario, en la que se establece que el tipo de interés calculado no será nunca inferior al 3,5 nominal. Y ello con las consecuencias legales inherentes a dicha de declaración; y No procede la condena a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente, en virtud de la condición declarada nula que se realizará en ejecución de sentencia con arreglo a los criterios y bases fijadas en el informe pericial acompañado junto a la demanda."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por _____, dándose el trámite previsto en la Ley y

remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado Mercantil 2 de Valencia dictó sentencia, con fecha 14-11-13 que acordaba estimar parcialmente la demanda interpuesta por

contra CAJAMAR CAJA RURAL, declarando la nulidad de la cláusula contenida en la *estipulación tercera this, apartado 5, página 35 de la escritura notarial de préstamo hipotecario*, en que se establece que el tipo de interés calculado no será nunca inferior al 3.5% nominal, y en ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, sin que proceda la condena, también interesada, a devolver las cantidades cobradas en exceso, que se realizará en ejecución de sentencia con arreglo a criterios y bases fijadas en el informe pericial acompañado a la demanda. La sentencia rechazaba tal petición al considerar que el caso de la STS de 9/5/13 tiene encaje en el supuesto de autos, y resolvía la improcedencia de retroacción en cuanto a las sumas ya abonadas, y aunque no fuera jurisprudencia vinculante, sí es criterio interpretativo relevante.

La actora recurrió exclusivamente sobre tal aspecto, argumentando la aplicación automática del artículo 1303 Código Civil en supuesto de nulidad –que se ha declarado- y como consecuencia la restitución de las prestaciones; la vulneración del artículo 1,1-4-6 y 7 CC en relación a la inaplicación del precepto expresado, en cuanto la resolución dictada por el Juzgado Mercantil establece un automatismo entre aquella sentencia del Tribunal Supremo, y este caso, en que se ejercita acción individual por un consumidor. La sentencia del TS se pronuncia en el caso de acción colectiva de cesación auspiciada por AUSBANC, no es ejercicio de acción individual, y este es el cauce adecuado para que se resarzan los clientes usuarios-prestatarios afectados y beneficiarios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. En tal contexto hay que valorar el pronunciamiento de irretroactividad. Dicha resolución no veda la posibilidad de decidir en un juicio posterior. En tercer lugar, alega vulneración de normativa de consumo aplicable, porque lo que recoge la sentencia del Tribunal Supremo se refiere a unos precedentes administrativos de carácter económico general, y, en este caso, estamos en el ámbito de protección individual de consumidores. Si no se devuelve lo indebidamente cobrado, se reconocen efectos a esa cláusula, pese a ser nula, lo que no es posible jurídicamente. Se niega la restitución de 3.609'24 Euros, frente a una entidad que ha obtenido un enriquecimiento injusto. Y con cita de distintas resoluciones, concluyó solicitando se revocara el segundo pronunciamiento relativo a que se acuerde la devolución de las sumas percibidas indebidamente con arreglo a criterios y bases fijados en informe pericial acompañado con la demanda.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, tan solo en cuanto no se oponga a lo que seguidamente se dirá.

Puntualizar, con carácter previo, que en el suplico de la demanda no se indicaba sino que se declarara la nulidad y se condenara a la entidad demandada “CAJA MAR CAJA RURAL a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la condición declarada nula”. Este es el aspecto único discutido en segunda instancia, si bien la hoy recurrente, tras las puntualizaciones recabadas por el propio Juzgador en la audiencia previa, solicita una cantidad concreta -3.609'24 Euros- remitiéndose, en lo demás, a los “criterios y bases

fijados en informe pericial acompañado a la demanda”.

Lo cierto es que las partes se mostraron de acuerdo, igualmente, en que desde mayo no se aplica la cláusula suelo por la demandada, y el informe pericial cuantifica las cantidades abonadas en exceso, por aplicación de aquella, hasta marzo de 2013, inclusive, por un total de 3.609’24. Resulta prácticamente coincidente el objeto del informe con el momento en que se privó de efecto a la cláusula, por lo que nos limitaremos a la suma determinada en el informe, esto es, los 3.609’24 Euros, a lo que se añadirá, cuando se determine –conforme las bases fijadas en el informe pericial- lo abonado, en exceso, en el mes de abril, último en que, según lo indicado, se habría aplicado aquella.

Esta Sección Novena, en reciente sentencia de 9 de junio de 2014 (ROJ: SAP V 1817/2014) Sentencia: 174/2014 | Recurso: 222/2014 | Ponente: MARIA ANTONIA GAITON REDONDO, ha resuelto la cuestión debatida, expresando lo que sigue:

“...Cuestión siguiente que ha de examinar este tribunal es la relativa a la devolución de las cantidades abonadas de más por los demandantes a consecuencia de la aplicación de la cláusula que ha sido declarada nula, siendo cierto que, como indica la parte apelante, dicha pretensión venía formulada como consecuencia de la declaración de nulidad pretendida... la consecuencia prevista en el artículo 1303 del CC, cuyo tenor literal determina que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Sin perjuicio de ello, este tribunal no comparte la conclusión del Juzgador a quo por la que se desestima la solicitud de condena a la entidad demandada para que proceda a la devolución de las cantidades pagadas por los actores a consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula, y que se basa en la consideración de que la entidad hoy demandada había sido parte en el procedimiento que dio lugar a la STS de 9 de mayo de 2013, habiéndose determinado en dicha resolución su eficacia no retroactiva respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación. Y no se comparte tal conclusión en atención a dos principales consideraciones:

Primera.- En el caso del procedimiento instado por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) que dio lugar a la referida STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013 en el recurso de casación nº 485/2012, se ejercitaba la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación respecto de la cláusula incluida en los préstamos hipotecarios de las entidades demandadas (BBVA SA, CAJAMAR CAJA RURAL SCC -hoy CAJAS RURALES REUNIDAS- y CAIXA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA -hoy NCG BANCO SAU), por lo que, como la propia sentencia del Tribunal Supremo indica, la acción se dirigía a obtener una sentencia que condenase a los demandados a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Sin embargo, en el caso de autos se ha ejercitado una acción individual de nulidad de la cláusula "umbral de fluctuación", habiéndose dictado un pronunciamiento por el que se declara dicha nulidad por falta de transparencia, acción individual que, por tanto, al ser estimada, lleva anudados los efectos del artículo 1303 del Código Civil (obligación de restitución).

Segunda.- El allanamiento parcial verificado por la entidad CAJAS RURALES UNIDAS se

471/13, revocamos parcialmente dicha resolución en el pronunciamiento relativo a la no condena a la devolución de cantidades, y en su lugar, habiéndose declarado la nulidad de la cláusula suelo indicada en aquella resolución, **CONDENAMOS** a CAJA MAR CAJA RURAL demandada a que pague a la demandante la cantidad de 3.609'24 Euros, así como el exceso satisfecho correspondiente a la mensualidad de abril de 2013, única mensualidad no cuantificada hasta aquella en que se ha procedido a dejar sin efecto su aplicación (09/05/2013), con más los intereses del artículo 576 LEC que se devenguen por dicha cantidad desde la fecha de la presente resolución hasta su pago, y de la que no se ha calculado –lo que se verificará en la misma forma en que se ha realizado en las restantes mensualidades- desde su cuantificación hasta su total reintegro a la demandante.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en la alzada y se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.