



Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

c/ Santiago de Compostela, 100, Planta 7 - 28035

Tfno.: 914933886,914933815-16-87

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0245044

Recurso de Apelación 560/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 388/2020

APELANTE: Dª. XXXXXXXXX

PROCURADOR: Dª. ELENA LÓPEZ MACÍAS

APELADO: CREDIFIMO E.F.C. S.A.

PROCURADOR: D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

SENTENCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO

D. RAMÓN BADIOLA DÍEZ

D. LORENZO VALERO BAQUEDANO

En Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintidós.

La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos de Procedimiento Ordinario 388/2020, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante, **Dª. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, representada por la Procuradora Dª. ELENA LÓPEZ MACÍAS, y defendida por Letrado, y de otra, como demandada-apelada, **CREDIFIMO E.F.C. S.A.**, representada por el Procurador D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 15 de abril de 2021.



VISTO, siendo Magistrado Ponente, **D. RAMÓN BADIOLADÍEZ.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 15 de abril de 2021, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Desestimo la demanda planteada por Dña. ELENA LOPEZ MACIAS en nombre y representación de Dña. XXXXXXXXXXXX, frente a CREDIFIMO E.F.C. S.A., estimando concurre Cosa Juzgada, declaro no haber lugar a la misma, absolviendo la demandada de las pretensiones frente a ella ejercitadas, con expresa condena en costas a la actora.”

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido con traslado a la adversa que se opuso, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 5 de abril de 2022.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio.

i) Se interpuso demanda de juicio ordinario por DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXX, en la que ejercitaba acción de reclamación de cantidad en cuantía de 15.293,50 euros contra CREDIFIMO. Sucintamente, dicha pretensión se basaba en los siguientes hechos:

1º) Con fecha 5 de octubre de 2007 se suscribió por la demandante un préstamo hipotecario con CREDIFIMO, en el que en la estipulación tercera bis se incluía una cláusula suelo del 4.10 % nominal anual.

2º) Formulada demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, se dictó sentencia por el Juzgado número 2 con fecha 22 de enero de 2015 por la que se declaró la nulidad de la referida cláusula, interponiéndose con posterioridad – el 20 de julio de 2015 - demanda de ejecución en reclamación del reintegro de las cantidades abonadas de más por la prestataria por aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la sentencia, y despachada la ejecución se procedió por la entidad ejecutada CREDIFIMO a la consignación del importe de 4.393,43 euros con fecha 30 de mayo de 2016.

3º) Con fecha 21 de diciembre de 2016 se dictó sentencia por el TJUE por la que declaró el derecho a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria, por la aplicación de la cláusula suelo, desde la fecha del préstamo hipotecario, modificando el criterio seguido hasta entonces por el TS, que otorgaba dicho derecho desde la fecha de la sentencia desde la sentencia de 9 de mayo de 2013.

4º) Se reclaman en el presente procedimiento, y con base en la expresada sentencia del TJUE, así como en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero y 5 de julio de 2017, el importe de las cantidades que procedan desde la fecha del préstamo hipotecario, que se liquida en la suma de 15.293,50 euros.

ii) La entidad CREDIFIMO contestó a la demanda y se opuso a dicha pretensión alegando la excepción de cosa juzgada, en base a considerar que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil y el posterior procedimiento de ejecución de sentencia, en el que se establecieron como efectos restitutorios los derivados de la aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de la sentencia, liquidándose en la suma de 4.393,43 euros, que fue entregada a la hoy demandante.

iii) Con fecha 15 de abril de 2021 se dictó sentencia que desestimó la demanda, en base al acogimiento de la excepción de cosa juzgada invocada por la entidad demandada en la contestación a la demanda, con imposición a la actora de las costas procesales.

iv) Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la demandante DOÑA XXXXXXXXXXXXX, con base en las alegaciones y motivos que serán objeto de examen en los apartados siguientes.

SEGUNDO.- Recurso de apelación de DOÑA XXXXXXXXXXXXX.

i) El recurso de apelación que se formula incide sobre una misma cuestión, la procedencia de acoger el criterio del TJUE en relación con los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo y la inexistencia de cosa juzgada en relación con la acción entablada ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid.

ii) Constituye doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados por consumidores sujetos a la aplicación de condiciones generales de contratación:

- El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM y de 4 de junio de 2020, Kancelaria Medius).

- En lo que se refiere al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa la citada disposición dentro del procedimiento, así como el desarrollo y las peculiaridades de este en su conjunto, junto con, en su caso, los principios en que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia).

- Por lo que se refiere a las consecuencias resultantes de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, el Tribunal de Justicia ha declarado que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar la cláusula abusiva con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. El órgano jurisdiccional nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, nacen de la declaración del carácter abusivo de la cláusula en cuestión para alcanzar el resultado buscado por dicha disposición (sentencias de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch y de 25 de noviembre de 2020, Banca B.).

- A este respecto, es preciso aclarar que, en la sentencia Gutiérrez Naranjo, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una jurisprudencia nacional, como la establecida por la sentencia de 9 de mayo de 2013, que limita en el tiempo los efectos restitutorios de la anulación de una cláusula abusiva a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que procede considerar, en principio, que una cláusula abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por lo tanto, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades que no debieron ser abonadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. El Tribunal de Justicia hizo hincapié en que el Derecho nacional no debe afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 reconoce a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016). En consecuencia, de la jurisprudencia citada anteriormente se desprende que la Directiva 93/13 no exige a los Estados miembros que adopten un sistema procesal específico para que los tribunales nacionales lleven a cabo el control de oficio de las cláusulas abusivas, siempre que cumplan las obligaciones que les incumben de conformidad con el Derecho de la Unión, incluyendo las derivadas de los principios de equivalencia y efectividad. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien la protección del consumidor no es absoluta, tampoco lo son los principios procesales nacionales que rigen los procedimientos que implican la apreciación de cláusulas abusivas con arreglo a dicha Directiva. Como han puesto de manifiesto las sentencias citadas, el Tribunal de Justicia adopta un planteamiento equilibrado en relación con la interacción entre las normas procesales nacionales y los requisitos previstos en la Directiva 93/13, garantizando al mismo tiempo que dichas normas no socaven el sistema de protección de los consumidores establecido por esta Directiva.

iii) Conforme a la doctrina anteriormente expuesta, considera esta Sala que la pretensión ejercitada por la demandante ha de prosperar por cuanto en el momento en que se

ejercitó la acción la pretensión restitutoria venía condicionada por la aplicación de los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, conforme a la cual únicamente procedía la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria desde la fecha de la referida sentencia. Es en la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en la que se recoge en el fallo de dicha resolución 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”*.

Aplicar el principio de cosa juzgada en el presente procedimiento, como se pretendió por la entidad bancaria en el escrito de contestación a la demanda, y se declaró en la sentencia impugnada no supone sino una vulneración del principio de efectividad del derecho comunitario, puesto que la aplicación de dicho principio procesal hace imposible o excesivamente difícil garantizar la protección que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 confiere a los consumidores, puesto que la reclamación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo se formuló en atención al criterio del Tribunal supremo en la materia, criterio que como sabemos era vinculante para los juzgados y tribunales de orden jurisdiccional civil.

Esta conclusión viene apoyada asimismo en las conclusiones formuladas por el Abogado General Sr. Evgeni Tanchev en el asunto C-869/19, y en relación a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal supremo en relación con la interpretación de la Directiva 93/13/CEE en el marco de un procedimiento de apelación entablado a raíz de la sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2016, y en el que se plantea la cuestión de si un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en apelación debe ordenar de oficio la restitución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor de conformidad con la referida sentencia del TJUE, sin que a ello obsten determinados principios de derecho

procesal nacional, incluidos los principios de justicia rogada, congruencia y de prohibición de reformatio in peius, que puede considerarse que le impiden pronunciarse en ese sentido.

He dicho informe, el Abogado General viene a concluir 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, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de reformatio in peius, que impiden al tribunal nacional que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula suelo declarada nula acordar la restitución íntegra de dichas cantidades”.

TERCERO.- Examen de la pretensión ejercitada en la demanda.

i) Estimado el recurso de apelación formulado y desestimando la excepción de cosa juzgada planteada, procederá entrar a resolver la cuestión de fondo objeto del presente procedimiento, relativa a determinar si procede la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria desde la fecha del préstamo hipotecario hasta la sentencia que declaró la nulidad de la cláusula suelo, cuestión que ha de resolverse en sentido afirmativo conforme al criterio expuesto en la antes citada sentencia de 21 de diciembre de 2016 (sentencia Gutiérrez Naranjo), en la que el TJUE ya declaró en los apartados 72, 73 y 74 lo siguiente:

72 *Pues bien, 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.*

73 *De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos*

jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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. 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74 *En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Qgnyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Qgnyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).*

ii) Conforme a lo expuesto, procederá la íntegra estimación de la demanda y la condena a la entidad demandada al pago de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las cantidades indebidamente percibidas por la entidad demandada por aplicación de la cláusula suelo desde el 5 de octubre de 2007, fecha en que se firmó el préstamo hipotecario, hasta el 30 de mayo de 2016 en que se produjo la consignación por la entidad bancaria demandada de la cantidad de 4.39,43 euros en el marco del procedimiento de ejecución seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, procedimiento de ETJ seguido con el número 19 de julio de 2017.

CUARTO.- Costas procesales.

En lo que se refiere a las costas procesales devengadas en primera instancia, la existencia de serias dudas de derecho en la cuestión objeto de litigio, determina que no proceda efectuar expreso pronunciamiento (artículo 394.1 LEC).

La estimación del recurso de apelación determina que no proceda expresa pronunciamiento en relación con las costas devengadas en esta segunda instancia (artículo 398.2 LEC).

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

III.- FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXX contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 33 de Madrid en los autos de juicio ordinario número 388/2020 con fecha 15 de abril de 2021, la cual procede **REVOCAR** y dictar nueva sentencia por la que estimando la demanda formulada por dicha parte contra CREDIFIMO, E.F.C., S.A. condeno a la referida entidad al pago de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suela declarada nula y existente en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las bases expuestas en el fundamento de derecho Tercero. ii) de la presente resolución.

2.- En materia de costas procesales, procede no efectuar expreso pronunciamiento respecto de las devengadas en ambas instancias.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid , con el número de cuenta 2837-0000-00-0560-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.