

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. [REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION [REDACTED]
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: BANKIA SA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

MAGISTRADOS

SENTENCIA NUM. [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a 07/07/2022.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los
Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio
Ordinario nº [REDACTED] que en primera instancia se han seguido en

el Juzgado de Primera Instancia nº. 11 BIS de Murcia, entre las partes: como parte demandante, [REDACTED] representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. Giménez Ibarra y demandada, la mercantil BANKIA, representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales [REDACTED] [REDACTED] y asistido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. [REDACTED] En esta alzada actúa como apelante la demandante y como apelada, la demandada; siendo Ponente el lltmo. [REDACTED] que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el citado Juzgado de Primera Instancia, en los referidos autos se dictó Sentencia de fecha 05/10/2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Estimo parcialmente la demanda presentada por [REDACTED] bajo la representación de la procuradora Rocío Bernal Barnuevo frente a Bankia SA, representada por la procuradora [REDACTED]

Declaro nula por abusiva la cláusula suelo contenida en la estipulación segunda de la escritura pública de préstamo hipotecario de 7 de septiembre de 2009. Condeno a la demandada a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde el inicio del préstamo con los intereses legales desde la fecha del cobro indebido. La suma a devolver por el banco resultará de restar, a la cantidad efectivamente cobrada, aquella que debería haber cobrado como consecuencia de calcular el interés remuneratorio del préstamo mediante la suma del euríbor al diferencial convenido sin aplicar el suelo del 3,25%.

Desestimo el resto de pretensiones.

Condeno a la demandada a pagar las costas procesales".

Segundo: Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que: *"estimando el recurso de apelación de esta parte, revoque y anule la Sentencia de instancia y dicte una nueva Sentencia ajustada a Derecho en la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda interpuesta por el demandante, absolviendo a mi representada de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con imposición de costas a la apelada".*

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación de 26/11/2020, se dio traslado a la demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable. La demandada presentó escrito de oposición, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que *"se sirva dictar resolución por la que acuerde desestimar íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de la parte recurrente, IMPONIÉNDOLE LAS COSTAS DE ESTA ALZADA"*.

Previo emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Audiencia Provincial, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 06/07/2022 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la Sentencia que estima parcialmente la demanda formulada la demandada, ahora apelante, formula recurso de apelación, alegando, en síntesis, en el motivo primero, *"DE LA VALIDEZ DEL CONTRATO SUSCRITO EN FECHA 20 DE MAYO DE 2014. ELIMINACIÓN DE LA CLAUSULA SUELO OBJETO DE LITIS"* que la firma de tal acuerdo (DOCUMENTO nº. 3 de la demanda) supone una transacción (no novación) entre las partes por la que eliminaron la cláusula suelo; eliminación que, después, fue ratificada, con expresa mención a la STS de 11/04/2018.

Bajo el motivo segundo titulado: *"RESPECTO DE LOS INTERESES LEGALES SOLICITADOS POR LA ACTORA"*, efectúa alegaciones considerando que no deben ser impuestos a la demandada.

Como motivo tercero, alega *"DEL RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DE LAS PRETENSIONES"*.

Finalmente, el motivo cuarto se dedica al examen *"DE LA INADECUACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO EN COSTAS DE LA SENTENCIA RECURRIDA A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 394.1 LEC Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS REGLAS DE APLICACIÓN EN MATERIA DE COSTAS PROCESALES"*.
con referencia a:

- i) El criterio general del vencimiento objetivo y la apreciación subjetiva de temeridad.
- ii) Supuestos de cuasi vencimiento: la estimación sustancial de la demanda.
- iii) En todo caso, existencia de serias dudas de derecho.

Frente a tal pretensión, la demandante apelada muestra su conformidad con la sentencia apelada defendiendo la correcta declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula suelo, negando que el documento privado de supresión de la cláusula suelo suponga una válida y eficaz transacción.

También se opone a la aplicación de la Doctrina del retraso desleal, entendiendo procedente la condena al pago de los intereses legales moratorios.

Segundo: Entrando a resolver sobre la primera cuestión suscitada por el apelante relativa a la eficacia de la "SOLICITUD DE ELIMINACIÓN CLÁUSULA SUELO/TECHO", aportada como documento nº. 3 de la demanda, debemos comenzar examinando su contenido literal:



DOCUMENTO Nº 3

SOLICITUD DE ELIMINACIÓN CLÁUSULA SUELO/TECHO

Nº de préstamo/credito (en lo sucesivo el "Préstamo") [REDACTED]

Tipos que se suprimen:

- Interés mínimo (suelo): 3,25
- Interés máximo (techo): 12,00

Fecha de efectos de inicio de la supresión:

- Primer recibo al que se aplicará: el que se liquide el día 1 de julio de 2014.
- Primer periodo de liquidación: el comprendido entre los días 2 de junio de 2014 y 1 de julio de 2014

En *Lorca* a *20* de *Mayo* de *2014*.

Los abajo firmantes, en nuestra condición de titulares del Préstamo indicado, damos conformidad expresa a la eliminación de la cláusula limitativa de tipo de interés mínimo y máximo (cláusula suelo-techo) de dicho Préstamo.

La efectividad de la referida eliminación se iniciará a partir de la fecha de efectos indicada al principio y se aplicará durante el resto de la vigencia del Préstamo y hasta su completa amortización.

La presente solicitud de eliminación de la cláusula suelo-techo se efectúa de acuerdo con lo establecido en sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, y de conformidad con el acuerdo alcanzado sobre el cumplimiento de la misma con las Asociaciones Ausbaric Gonaumq y Causa Común, declarando los abajo firmantes que con su aceptación y ejecución por parte de Banco Mare Nostrum, S.A., queda plenamente satisfecha cualquier reclamación que haya existido sobre esta concreta materia, sin tener nada más que reclamar por este concepto ni por cualquier otro relacionado con la aplicación de la cláusula suelo-techo en el Préstamo indicado al principio de este documento.

Identificación	Nombre y apellidos del titular	Firma
[REDACTED]	[REDACTED]	[Firma]

Esta Sección ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre idéntico documento novatorio del extinto BMN considerándolo que no reúne los requisitos para ser considerado una válida y eficaz transacción con renuncia de acciones. V.gr. en la Sentencia nº. 1124/2020 de 17/12/2020 en el que fue parte apelante la ahora apelada), donde ya se exponía, por referencia, que "La sentencia apelada justifica su decisión desestimatoria de tal transacción en que dicho documento establece la eliminación de tal cláusula a tenor de lo establecido en la

sentencia del Juzgado de lo mercantil nº2 de Murcia, lo que determina que la entidad bancaria se limita únicamente al cumplimiento de lo ya resuelto por dicha sentencia. No existe por tanto pacto transaccional alguno sin que la expresión incorporada al documento consistente en que ese acuerdo ... "satisface plenamente cualquier reclamación sobre esta materia sin que los autores tengan más que reclamar sobre este concepto ni por cualquier otro relacionado con la aplicación de la cláusula suelo/techo en el préstamo"; pueda considerarse como una renuncia de los prestatarios. Añade la sentencia que se trata de una novación predispuesta por el banco en la que los actores se limitan a su firma sin que exista por ello libertad de negociación. Además, se añade por el juzgador de instancia que el banco con dicho documento..."no concede nada que no hubiera sido resuelto por un tribunal".

Es decir, se analizó un supuesto similar al que ahora se examina, debiendo concluir de igual forma a cómo se hizo entonces, teniendo en cuenta el siguiente contenido extractado de los razonamientos que allí se tuvieron en cuenta.

Además, hemos de tener en cuenta, como señala la jurisprudencia, y así lo hemos declarado en precedentes sentencias en casos similares, que no son determinantes de ese pretendido conocimiento por el prestatario del funcionamiento de la cláusula suelo, los hechos posteriores, como la rebaja en el tipo de interés del préstamo, cuando se apercibieron de que el tipo de su interés de su préstamo no bajaba de determinado porcentaje pese a que los índices de referencia seguían bajando (STS 5 de abril de 2018)

Además, estas consideraciones son también aplicables en el caso de novaciones del préstamo hipotecario como efectivamente acontece en este caso.

Así, la STS de 26 de junio de 2018 casa la sentencia de la AP que argumentaba que parecía... *"difícil que pasara desapercibida o que no se comprendiera, cuando fue uno de los pocos puntos del préstamo hipotecario en el que se subrogaron los actores expresamente objeto de novación, lo que parece indicar una negociación específica al respecto".*

Ello sin embargo no lo considera bastante el Alto Tribunal y declara:

"...pues no consta acreditado que, en la novación modificativa del préstamo hipotecario suscrito, la entidad bancaria llevara a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula.

Control de transparencia que, como ha declarado reiteradas veces esta sala, entre otras STS 593/2017, de 7 de noviembre, no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta."

Reitera con ello el TS la tesis apuntada en la sentencia de 15 de junio de 2018 en la que destaca la transcendencia de la información precontractual y los efectos del déficit informativo afirmando *"... pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del referido contrato de préstamo hipotecario y a su posterior novación modificativa la entidad bancaria llevó a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la cliente adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula"*.

Además, la STJUE de 9 julio 2020 también se pronuncia en el sentido de que cabe considerar no negociada individualmente *"... una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos"*.

En definitiva, la única validez de tales acuerdos en los que no consta una válida y eficaz renuncia de acciones, sólo se circunscribe a reducir sus efectos a lo que es su verdadero y transparente objeto: la eliminación de la cláusula suelo desde la fecha convenida.

Tercero: También debe rechazarse el motivo de apelación atinente a la improcedencia del pago de intereses legales como consecuencia de la restitución de

intereses ordinarios indebidamente cobrados por mor de la aplicación de la cláusula suelo.

La obligación de devolver el exceso dinerario indebidamente cargado al prestatario lleva aparejada la obligación de pagar los correspondientes intereses legales moratorios desde las fechas de los indebidos cargos pues éste es el criterio sostenido por esta sección, entre otras, en Sentencia de 25-06-2020, nº 600/2020, rec. 479/20195, en cuyo fundamento de derecho tercero, apartado 5º, se dijo que *“La consecuencia de nulidad, al estar ya suprimida la cláusula con arreglo a documento privado antes mentado, se reduce a la condena a devolver al prestatario la cantidad abonada de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula ... así como la condena a pagar los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, según doctrina del TS (sentencias de 24 de febrero, 30 de abril, 18 de mayo, 1 y 6 de junio de 2017, entre otras) tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016”*.

Nos hallamos ante una declaración judicial de abusividad de la cláusula suelo, que es la que ha ocasionado un indebido exceso en el pago de intereses remuneratorios: por el prestatario al prestamista, creándose un injustificado desequilibrio y menoscabo en el patrimonio del demandante que debe restaurarse condenando a la entidad bancaria al abono de los intereses moratorios legales a computar desde cada uno los indebidos abonos de más habidos en cada devengo periódico en que se ha aplicado indebidamente la cláusula suelo.

Cuarto: También procede desestimar el motivo referido a la infracción de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal. En relación con la primera, la entidad recurrente fundamenta dicha pretensión en el comportamiento contradictorio de la parte prestataria que conocedora de las circunstancias de la contratación, con referencia al tracto sucesivo antes comentado, presenta en el juzgado la reclamación objeto de estos autos. Sin embargo, discrepamos de tal

planteamiento. Y ello con fundamento en los argumentos antes expuestos con respecto a las consecuencias derivadas de las vicisitudes habidas con posterioridad a la concesión del préstamo hipotecario que no han sido determinantes del pleno conocimiento por el prestatario de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula, sobre todo, cuando no consta que la entidad bancaria llevara a cabo ese necesario plus de información.

La STS Núm. 243/2019, de 24 de abril, declara que *"La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991)"*.

La anterior doctrina no es de aplicación, pues no existen actos por parte de la parte demandante de los que se puedan afirmar que se creara la apariencia o creencia en la entidad demandada de que no se iba a ejercitar reclamación contra la misma con motivo del clausulado abusivo inserto en la escritura pública de préstamo hipotecario.

Quinto: Finalmente también debemos desestimar el siguiente motivo de recurso, relativo al pronunciamiento sobre costas.

En primer lugar, cabe aclarar que no se ha producido una estimación parcial sino sustancial, lo que supone la condena en costas a la parte demandada "ex" art. 394 LEC.

Por otro lado, la entidad recurrente considera que cabría aplicar el art. 394 LEC dada la existencia de serias dudas jurídicas. Sin embargo, entendemos que esta pretensión no puede encontrar acogida por este Tribunal. Téngase en cuenta que esas pretendidas dudas jurídicas, como expone la STS de 11 abril 2018, se refiere a

aquellos supuestos de transacción, y no de novaciones, en los que se realizan concesiones recíprocas por las partes. Como decimos, en este caso no existe transacción alguna, sino sólo una novación o modificación de las condiciones financieras del préstamo, sin renuncia alguna.

Sexto: Por todo lo dicho, debe desestimarse el recurso interpuesto por la entidad bancaria demandada y de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso, procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la mercantil "BANKIA", S.A., contra la Sentencia de 05/10/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº. 11 bis de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario [REDACTED], debemos confirmar y confirmamos la misma; con condena a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no caber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría

interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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 tutelar 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.

