



Roj: **SAP O 1273/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1273**

Id Cendoj: **33044370012015100125**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **303/2014**

Nº de Resolución: **130/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00130/2015

Rollo: 303/2014

SENTENCIA NÚM.130/2015

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. José Antonio Soto Jove Fernández

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a, quince de Mayo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000015 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000303 /2014, en los que aparece como parte apelante, CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, representada por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. MARIA ANGELES PEREZ-PEÑA DEL LLANO, asistida por el Letrado D. IÑIGO MARTINEZ GONZALEZ, y como partes apeladas, Landelino y Marí Trini , representados por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. MYRIAM CONCEPCION SUAREZ GRANDA, asistidos por el Letrado Dª MARÍA LUISA MENENDEZ GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 28-5-2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda interpuesta por Landelino y Marí Trini frente a CAJA RURAL DE ASTURIAS, S.A., debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula contenida en la estipulación tercera bis 4º de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el 10 de febrero de 2012 y se condena a la demandada a estar y pasar por tal pronunciamiento y a abonar a los demandantes las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula desde la fecha del otorgamiento de la escritura, cantidad que devengará los intereses legales desde la presentación de la demanda. Se imponen las costas a la parte demandada".



TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 15-5-2015, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don Javier Antón Guijarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : De lo actuado en el presente procedimiento encontramos que Don Landelino y Doña Marí Trini firmaron el día 10 febrero 2012 con la entidad "Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito" un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en cuya cláusula tercera bis se disponía que a partir del día 10 febrero 2013 el contrato quedaba sujeto a un tipo de interés variable resultante de añadir 2,15 puntos porcentuales al euribor a un año, disponiendo no obstante el apartado 4º de esa cláusula bajo la rúbrica de "límites a la variación del tipo de interés" que "en todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15'00% ni inferior a los porcentajes que a continuación se indican:---3'75% para los supuestos en que se cumplan conjuntamente los requisitos de contratación de tarjeta de débito y de domiciliación de nómina u otro tipo de ingreso periódico o bien de cobros y pagos de actividad por cuenta propia en los términos recogidos en el Apartado 1º de esta cláusula.-----3'25% para el caso de que, cumplidos los requisitos anteriores, adicionalmente se cumplan también, al menos, una de las siguientes condiciones:-----*contratación de seguro de vida con rural Vida, S.A.-----*contratación de plan de pensiones con rural Pensiones, S.A., plan de ahorro con rural Vida, S.A. o fondo de inversión con Gescooperativo, S.a., S.G.I.I.C..-----*contratación de seguro de hogar con Seguros Generales Rural, S.A..-----*domiciliaciones de nóminas, ingresos periódicos adicionales o bien de cobros o pagos adicionales para actividades por cuenta propia. Todos ellos en los términos recogidos en el Apartado 1º de esta cláusula.-----* o bien que el importe solicitado como principal del presente préstamo no exceda del setenta por ciento del valor de compra de la vivienda aquí financiada reflejado en la escritura de compraventa de la misma.-----4'14% en los demás casos."

Partiendo del anterior relato fáctico en la demanda presentada por Don Landelino y Doña Marí Trini se viene a ejercitar las acciones contenidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y en la Ley Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, solicitando la nulidad de la cláusula suelo así como la condena de la entidad demandada a restituir a los demandantes las cantidades cobradas en exceso en aplicación de dicha cláusula y las que se sigan cobrando en lo sucesivo. La Sentencia de fecha 28 mayo 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 15/2014 acuerda declarar la nulidad de la repetida cláusula, condenando a la entidad demandada al abono de las cantidades indebidamente percibidas desde la fecha del otorgamiento de la escritura.

SEGUNDO : El primero de los motivos del recurso de apelación presentado por "Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito" viene a insistir en la excepción de litispendencia impropia o prejudicialidad civil como consecuencia del procedimiento tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid y en el ADICAE solicita la nulidad de todas las cláusulas suelo incorporadas a las escrituras de préstamos hipotecarios suscritas por la demandada y por otra serie de entidades financieras.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de examinar esta alegación en anteriores ocasiones, y así en las Sentencias de 5 diciembre 2014 y de 9 febrero 2015, tras analizar los diversos criterios que mantienen los Tribunales a este respecto, señalábamos que "Llegados a este punto, debe partirse de lo que señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2.010 que ha tratado la cuestión relativa a la cosa juzgada en acciones colectivas en su tercer fundamento jurídico, y ello como consecuencia de la proximidad entre litispendencia y cosa juzgada. Señala dicha resolución: "esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente"; y continúa: "En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no



puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquélla haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción". Y el fundamento concluye así: "En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente. Por esta razón, debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda". Pese a alguna complejidad interpretativa, parece que lo establecido por dicha resolución es que será la sentencia la que debe determinar que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente y, de no hacerlo, ese límite será la única conclusión posible. En este sentido, puesto que la litispendencia tiene lugar, en su caso, con anterioridad a que la sentencia se dicte, puesto que aún no se conoce tal determinación, no será posible entender la concurrencia de la excepción de litispendencia civil ni de prejudicialidad, puesto que quien ejercita la acción individual no forma parte del procedimiento en que se acciona a través de una colectiva ni se conoce en este momento procesal si los efectos de la sentencia que se dicte resolviendo ésta podrá afectarle. Así, se rechaza el primero de los motivos del recurso".

TERCERO : Por lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada en el recurso habremos de partir como premisa de la doctrina sentada por la STS 9 mayo 2013 en la que se declaraba la nulidad de las llamadas cláusulas suelo, en un análisis en abstracto que resulta propio del ejercicio de las acciones colectivas, por no superar el control de transparencia, teniendo presente que nuestro Alto Tribunal, como recuerda la STS 24 marzo 2015, ya había declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución (así SSTS núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio). Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre

Se trata este control de transparencia del previsto en El art. 4.2 de la Directiva1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que « *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible* ». En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la STJUE 241/2013, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Como señala la reciente STS 24 marzo 2015 "Simplemente se ha constatado el perjuicio que la inserción de dicha condición general, de forma no transparente, supone para el consumidor adherente cuando como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario es superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales, más altos, ofertados por entidades financieras competidoras, que no incluían en los clausulados de sus préstamos la llamada "cláusula suelo", de un modo que no pudo ser previsto al contratar por la falta de transparencia en la inserción de la condición general en el contrato".

En el caso ahora enjuiciado encontramos que la cláusula impugnada recoge un abanico de posibilidades que pueden operar como cláusula en función de la posición que adopte el consumidor como cliente del banco y de los productos que tenga contratados con esta entidad. A este respecto se decía en la demanda, y se repite en el recurso, que en el año 2012 los demandantes contrataron con la Caja una serie de productos (como es la domiciliación de la nómina que aparece reflejada al doc. nº 5 contestación) que permitió la moderación de la cláusula suelo del 4,15% al 3,25%. Ocurre no obstante que semejante importe, por su magnitud, tiene la virtualidad de convertir lo que aparentemente se presenta como un préstamo sujeto a interés variable en un préstamo que realmente opera *ab initio* como un préstamo a interés fijo. Efectivamente, si tenemos en cuenta que el euribor a un año aparecía fijado el 10 febrero 2013 -momento previsto contractualmente para que



comenzara a aplicarse el interés variable- en el 0,622%, disminuyendo progresivamente desde entonces hasta la actualidad, el resultado que obtenemos al añadirle el diferencial contratado de 2,15 puntos porcentuales es que en ningún momento el tipo de interés efectivamente aplicable al préstamo llegaba a superar aquel suelo del 3,25%. Esta circunstancia sumamente cualificada hace exigible un estándar de transparencia mucho más elevado para posibilitar que el consumidor pueda, en palabras de la STS 9 mayo 2013 , " *tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato* ". La infracción de tales requisitos conlleva como resultado, tal y como señala el ATS de 3 junio 2013 , "La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito". En definitiva, tales consideraciones conducen consecuentemente a rechazar el recurso de apelación en lo que atañe a la declaración de nulidad de la cláusula examinada.

CUARTO : Cuestión distinta es la que se refiere al motivo del recurso de apelación en el que se discute la retroactividad del anterior pronunciamiento. La STS de 25 marzo 2015 establece en su fallo como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada *cláusula suelo* inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ". Procede por tanto revocar la Sentencia recurrida en el único sentido de limitar los efectos de la retroactividad de la nulidad al señalado límite temporal.

QUINTO : De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 , 397 y 398 LEC no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por "Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito" contra la Sentencia de fecha 28 mayo 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 15/2014, debemos acordar y acordamos REVOCARLA el sentido señalado en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, manteniendo el resto de pronunciamientos. **No** ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

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