



Roj: **SAP O 1276/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1276**

Id Cendoj: **33044370012015100128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **132/2015**

Nº de Resolución: **132/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00132/2015

SENTENCIA nº 132/15

RECURSO APELACION 132/15

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Oviedo, a quince de mayo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 321 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 132 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por el Letrado JUAN ANTONIO BARTHE MARCO, y como parte apelada Ángel y Blas , representados por la Procuradora CELIA SARASUA AMADO, asistidos por el Letrado RUBEN CUETO VALLVERDU, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón dictó Sentencia en fecha 19 de enero de 2015 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda formulada por la representación de Doña Blas y Don Ángel , frente a la a la BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo realizar los siguientes pronunciamientos:

1º) declara la nulidad radica de la condición general de la contratación, que establece un tipo mínimo de interés, concretamente la Cláusula Primera, apartado 1.3.h) de la escritura de novación de préstamo hipotecario formalizada por los actores el 14 de mayo de 2009, ante el Notario del Ilustre Colegio de Oviedo, Don Carlos Cortiñas Rodríguez-Arango, bajo el nº 1.492 de su protocolo, cuyo contenido literal es: " 1.3.h) Límite a la variación del tipo de interés aplicable. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta



expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 2,90%";

2º) Se condena a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario formalizado entre los actores y la entidad demandada, conforme a los arts. 7, 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación .

3º) Se condena a la entidad demandada a reintegrar a los actores la cantidad de 3.633,33 €, cobrada de más a la fecha de presentación de la demanda por aplicación de la cláusula suelo, con los intereses legales desde la fecha de cobro.

4º) Se condena a la demandada a reintegrar a los actores las cantidades que paguen durante la sustanciación del procedimiento judicial en virtud de la cláusula suelo impugnada con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del procedimiento;

5º) Se ordena dictar y remitir, de conformidad con lo dispuesto con el art. 22 de la LCGC, mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia.

Todo ello con expresa condena a la demandada de las costas procesales causadas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, 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 13 de mayo de 2015. .

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que impugna la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA estima en su totalidad la demanda presentada por la representación de D. Ángel y D^a Blas y declara la nulidad de la cláusula suelo inserta en la escritura de novación del préstamo hipotecario fechada el 14 de mayo de 2.009, condenando a la entidad a eliminar dicha condición de dicho contrato y a reintegrar a los actores la cantidad de 3.633#33 € cobradas en aplicación de la misma con sus intereses, así como las que paguen durante la sustanciación del procedimiento y hasta la resolución definitiva y con sus intereses legales desde cada cobro, ordenando dictar y remitir mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia.

Motivos de su impugnación son: Incompatibilidad de la subrogación con la consideración de cláusula suelo al no haber intervenido la entidad en el acto de subrogación; transparencia real de la cláusula; con carácter subsidiario, eficacia no retroactiva de la declaración de nulidad con apoyo en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo ; por último, indebida imposición de las costas de primera instancia.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo del recurso, tan solo decir que no es cierto que la entidad bancaria haya sido ajena al otorgamiento de la escritura. Consta en la misma (folios 67 a 107) que el 20 de octubre de 2.004 ante el Notario D. Carlos Cortiñas Rodríguez Arango comparecieron, además del representante de la entidad mercantil Promociones Coto de los Ferranes SL y los actores, "como Apoderados y en nombre y representación de Banco Popular Español SA", D^a Flora y D. Jorge (folio 67 vuelto de los autos).

A partir de aquí, esta Audiencia ya ha dicho en reiteradas ocasiones que la subrogación no altera en medida alguna el tratamiento de las cláusulas como la litigiosa. Concretamente en sentencia fechada el 7 de noviembre de 2.014 se resolvía esta cuestión, una vez tenida en cuenta la intervención de representantes de la entidad prestamista en el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Recogía determinadas frases de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2.013 , esencial para este tipo de asuntos, y se citaba alguna sentencia de Audiencias Provinciales para concluir que la existencia de subrogación no impide que por parte de las entidades bancarias intervinientes en este tipo de contratos se dé cumplimiento al deber de información acerca de cláusulas como las litigiosas exigidas por disposiciones legales como la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, o normativa de entidades de crédito como la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2012. De la sentencia de la Sala Primera citada se recogía en concreto lo siguiente: En su apartado 145. b) se dice: "La OM de 5 de mayo de 1994 #regula el iter negocial de la contratación# -extremo de hecho-, de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle



libremente -valoración jurídica- de tal forma que la cláusula se suscribe #con el adecuado conocimiento y con total información#. No establece ninguna diferenciación respecto a su posible aplicación tan solo a préstamos originarios y no en aquellos en los que existe una subrogación de los prestatarios. Pero es que, además, en el apartado 239 de la misma sentencia expresamente se señala: "Tampoco incide en nuestra valoración el hecho de que, en ocasiones, el consumidor se subroga en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994".

Sin necesidad de mayores argumentaciones, decae de este modo el primer motivo.

TERCERO.- El segundo motivo, el de la superación del control de transparencia se formula señalando la claridad del texto, la inexistencia de una "abrumadora cantidad de datos" en la misma y el expreso conocimiento desde el momento en que se trataba de la novación del préstamo suscrito en el año 2.004.

En la estipulación **PRIMERA.- NOVACIÓN MODIFICATIVA DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS**, concretamente en el apartado **1. 3. Revisión del interés pactado**, en un apartado h), puede leerse: "*Límite a la variación del tipo de interés aplicable*". No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del **2#90%** (folio 86 de los autos), con ese grafismo, subrayando el concepto limitativo y con negrita ese mínimo. Si bien, debe señalarse que no es la forma más relevante que se ha podido ver en este tipo de cláusulas, sí es verdad que los términos son claros en el único sentido posible, es decir que, suceda lo que suceda, el interés mínimo a pagar por el prestatario será del 2#90%, a pesar de que el interés que se había pactado en el apartado 1. 2 es el siguiente: un interés fijo del 3% hasta el 15 de noviembre de 2.009 y, a partir de esta fecha uno variable resultante de adicionar un margen de 1#050 puntos al tipo de interés de referencia, el interbancario a un año (Euríbor).

Pues bien, aun cuando pudiera sostenerse la claridad de dicha cláusula, lo cierto es que el Tribunal Supremo, en auto aclaratorio de la sentencia de 9 de mayo de 2.013, fechado el 3 de junio siguiente, en su apartado 17, señalaba lo siguiente: "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 a medio plazo lo convertirá 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". Pues bien, deberá tenerse en cuenta si esta conversión tuvo lugar en el caso que se analiza. El Euríbor en el mes en que comenzaban a aplicarse los intereses variables era del 1#237% y su oscilación a lo largo de la primera anualidad fue la siguiente: 1#236, 1# 251, 1#226, 1#216, 1#214, 1#239, 1#262, 1#320, 1#418, 1#411 y 1#464. Con la adición de 1#050 puntos, estos intereses variables oscilaron entre 2#264 y 2#514, el menor en el mes de abril de 2.010 y el más alto en octubre del mismo. Con toda claridad el suelo que se había fijado en el 2#90 se comportó continuamente y desde el primer momento en interés fijo, determinante de que sea preciso considerar cláusula nula la del límite a la variación del tipo de interés aplicable.

Se rechaza de este modo el segundo motivo del recurso.

CUARTO.- El tercer motivo se apoya en que la sentencia de instancia vulnera la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 que estableció la irretroactividad de la nulidad de este tipo de cláusulas.

Esta cuestión había sido resuelta en una pluralidad de procedimientos por esta Sección en los que diversas entidades bancarias impugnaban las conclusiones adoptadas en las sentencias de primera instancia. El criterio consistía en rechazar la aplicación como doctrina jurisprudencial de dicha resolución por haber resuelto una acción colectiva de cesación, diferente a las que motivaban aquellos otros procesos, y en consecuencia se mostraba favorable a esta condena de restitución con estricta aplicación del artículo 1.303 del Código Civil. Al haberse tenido conocimiento de que el Tribunal Supremo tenía a punto la sentencia que resolvía este asunto, se consideró conveniente suspender las deliberaciones de aquellos recursos en los que se hubiera planteado dicha cuestión hasta la publicación de la misma. Por fin, con fecha 25 de marzo de 2.015 se dictó lo que permitió entrar a resolver dichos recursos. Lo cierto es que la doctrina sentada por la Sala Primera es la contraria a la mantenida por esta Sección. Tal doctrina es la siguiente: "Cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2.013, ratificada por la de 16 de julio de 2.014 y la de 24 de marzo de 2.015, se declara 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 2.013".

Para llegar a dicha doctrina la sentencia considera que "no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en



que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva debiendo ser, por ende, expulsada del contrato"; a ello se añade que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (art. 9. 3 C.E .)"; tras reproducir el apartado k. del parágrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2.013 , dice: "Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquéllos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto". Y la conclusión se lleva al fundamento décimo de esta resolución en estos términos: "Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación., se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno de 9 de mayo 2.013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia".

Esta doctrina se impone a lo establecido por esta Sección en resoluciones anteriores, sea cual sea el criterio de los firmantes y su mayor o menor conformidad con el voto reservado que también presenta la sentencia firmado por dos de sus magistrados; en consecuencia, obliga a acoger este motivo del recurso para revocar la condena a la reintegración de todos los intereses abonados por los prestatarios, reduciendo la cantidad a la pagada por ellos desde la publicación de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 .

QUINTO.- El último motivo, el relativo a las costas, desde el momento en que se acoge parte del recurso, debe también ser acogido ya que la demanda es estimada tan solo en parte, como consecuencia de lo cual no pueden imponerse a ninguno de los litigantes aplicándose el criterio del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

En cuanto a las de la alzada, la misma estimación parcial obliga a no hacer pronunciamiento sobre las mismas, de conformidad con el 398 del mismo texto legal.

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Con parcial estimación del recurso presentado por la representación de la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, frente a la sentencia dictada en procedimiento ordinario número 321/2.014, del Juzgado de lo Mercantil número Tres de Gijón, debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, revocar el relativo a la condena a la reseñada de abonar a los actores una determinada cantidad de dinero, en concepto de los intereses abonados en aplicación de la cláusula que se declara nula, que se sustituye por condenar a la entidad demandada al pago de dichos intereses pero solo desde la publicación de la sentencia de nueve de mayo de dos mil trece de la Sala Primera del Tribunal Supremo. No se hace pronunciamiento sobre costas de ambas instancias.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

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