



Roj: **SAP O 1277/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1277**

Id Cendoj: **33044370012015100129**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **3/2015**

Nº de Resolución: **131/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

#### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00131/2015**

Rollo: 3/2015

#### **SENTENCIA NÚM.131/2015**

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 0000178 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000003 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. SALVADOR SUAREZ SARO, asistido por el Letrado D. JUAN ANTONIO BARTHE MARCO, y como parte apelada, María Virtudes , representada por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. NOELIA ALONSO CORAO, asistida por el Letrado D. MANUEL PEREZ PEÑA.

#### **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 3-11-2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Eugenia frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se declara la nulidad de la cláusula TERCERA BIS)4ª del contrato suscrito entre las partes el 8 de marzo de 2007 en la que se establecen los límites de variación del tipo de interés entre un máximo del 12'500% y un mínimo del 4,3000%. Se imponen las costas a la parte demandada".

Asimismo, se dictó Auto de rectificación de error material con fecha 12-11-2014, cuya parte dispositiva dice: "Estimar la petición formulada por la Procuradora NOELIA ALONSO CORAO, en el único sentido de rectificar el error recogido en el nombre de la demandante en el encabezamiento, los antecedentes de hecho y el fallo de la sentencia de fecha 3/11/14 , de tal forma que donde se refiere a Eugenia , debe decir María Virtudes ".



**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 encontramos que Doña María Virtudes firmó con la entidad "Banco Popular Español, S.A." un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en cuya cláusula tercera bis se disponía que a partir del día 31 marzo 2008 el préstamo quedaba sujeto al interés variable resultante de añadir 1,250 puntos porcentuales al tipo básico de referencia constituido por el euribor a un año. Asimismo en el apartado 4 de esa cláusula y bajo la rúbrica de "límites de variabilidad del tipo de interés" se disponía que "las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al cuatro coma trescientos por ciento nominal anual ni superior al doce coma quinientos por ciento nominal anual".

Partiendo del anterior relato fáctico en la demanda presentada por Doña María Virtudes 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 del apartado 4 de la cláusula tercera bis. La Sentencia de fecha 3 noviembre 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 178/2014 acuerda declarar la nulidad de la repetida cláusula.

**SEGUNDO** : Para dar respuesta al recurso de apelación formulado por la financiera "Banco Popular, S.A." 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 Directiva 1993/13/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".



**TERCERO** : Sentado lo anterior y teniendo por misión el control de transparencia la proscripción de la sorpresa o el engaño entendemos que en el caso presente la cláusula objeto de enjuiciamiento que aquí nos ocupa no pudo pasar inadvertida para el demandante si tenemos presente que, aún cuando no aparece como una cláusula autónoma, sí aparece como un apartado individualizado (apartado 4 de la cláusula tercera bis) en el que la rúbrica se encuentra resaltada en negrita sobre el resto del contrato para advertir de que existe un "**LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERES**", encontrando asimismo que dentro del texto de la condición general aparece destacado en negrita tanto el tipo de la cláusula suelo de "**cuatro coma trescientos por ciento**" como el de la cláusula techo de "**doce coma quinientos por ciento**". Todo ello hace que la impresión general de la repetida cláusula aparezca revestida de los elementos gráficos suficientes para que pueda ser conocida por el consumidor y consecuentemente tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual.

Además de lo anterior encontramos que el tipo fijado como suelo del 4,300%, a pesar de su elevada magnitud, posibilita que el contrato se desenvuelva efectivamente como un préstamo sujeto a interés variable durante los 9 primeros meses de vida, pues si partimos de que el euribor a un año estaba fijado el 1 abril 2008 -momento previsto contractualmente para que comenzara a aplicarse el interés variable- en el 4,735%, encontramos que con la adición de los 1,250 puntos porcentuales el resultado obtenido no se sitúa por debajo del umbral de la cláusula suelo hasta el mes de enero 2009, en que el euribor estaba en 3,025%, resultado que se mantiene desde aquel momento y en lo sucesivo hasta la actualidad, entiendo esta Sala que el referido período de 9 meses, dentro del primer año, aparece como suficiente para que el contrato se hubiera desplegado con las características inicialmente ofertadas como producto sujeto a un interés variable, sin perjuicio de la posterior evolución del euribor, y ello a los efectos de superar el control de transparencia que aquí nos ocupa.

Tales consideraciones conducen por tanto al acogimiento del recurso y con ello a la desestimación de la demanda.

**CUARTO** : De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 , 397 y 398 LEC y vistas las dudas que puede presentar la cláusula examinada es por lo que no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

## FALLO

LA SALA ACUERDA: Que estimando el recurso de apelación formulado por "Banco Popular, S.A." contra la Sentencia de fecha 3 noviembre 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 178/2014, debemos acordar y acordamos REVOCARLA para en su lugar declarar no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados por la actora Doña María Virtudes , todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

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