



Roj: **SAP O 1278/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1278**

Id Cendoj: **33044370012015100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **126/2015**

Nº de Resolución: **128/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00128/2015

SENTENCIA nº 128/15

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS

DON GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

DON JAVIER ANTÓN GUIJARRO

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

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 277/2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **126/2015**, en los que aparece como parte apelante, CAJA RURAL DE ASTURIAS, representada por la Procuradora de los Tribunales, DOÑA MARIA ANGELES PEREZ-PEÑA DEL LLANO, asistida por el Letrado DON IÑIGO MARTINEZ GONZALEZ, y como parte apelada, DON Lázaro, representado por el Procurador de los Tribunales, DOÑA PILAR MONTERO ORDOÑEZ, asistido por el Letrado DON RENE ALPERI LOPEZ; Y DOÑA Adelina no comparecida en esta instancia.

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 tres de febrero de dos mil quince, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando en pare la demanda interpuesta por Lázaro y Adelina frente a Caja Rural de Asturias, S.A. se declara la nulidad de la cláusula suelo contenida en la estipulación 3ª bis) apartado 4ª in fine del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con fecha de 5 de septiembre de 2005 en cuanto establece un límite al tipo de interés variable del 3% y se condena a la demandada a retirar dicha cláusula del contrato, a recalcular el cuadro de amortización y al abono de las cantidades devengadas por aplicación de la citada cláusula por importe 4.671 euros, más las que se devenguen durante la tramitación del presente procedimiento y hasta la firmeza de la sentencia. Y todo ello sin hacer pronunciamiento expreso en cuanto a las costas causadas en ésta instancia."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, 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 13 de mayo de 2015, quedando los autos para sentencia.

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

VISTOS, siendo Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado Don GUILLERMO SACRISTÁN REPESA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que acoge íntegramente la demanda que dirigió la representación de D. Lázaro y D^a Adelina es impugnada por la entidad demandada, la mercantil CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, con apoyo en los siguientes motivos: error en la valoración de la prueba al declarar la nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato firmado por las partes el 5 de septiembre de 2.005 de préstamo hipotecario; subsidiariamente, para el caso de rechazarse el primero, irretroactividad de la nulidad de dicha cláusula de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2.013 .

SEGUNDO.- A la hora de examinar la claridad y la superación del doble control de transparencia exigido por la sentencia ya anteriormente reseñada, de 9 de mayo de 2.013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo , debe comenzarse por el análisis de la redacción y forma en que se recoge la mencionada cláusula. En este caso, se trata de uno de los apartados de la cláusula Tercera Bis, que lleva por título "TIPO DE INTERÉS VARIABLE", el 4º y que en un último párrafo sin destaque de clase alguna, mediante negrita o subrayados, dice lo siguiente: "Se establecen unos límites de variación del tipo de interés entre un máximo del 15% y un mínimo del 3%" (folio 22 vuelto de los autos, página 10 de la escritura).

Se trata de una cláusula en la que se define el tipo de interés variable de la siguiente forma: "A partir del día **5 de septiembre de 2.006** el tipo de interés será modificado al alza o a la baja, por periodos anuales, aplicando como nuevo tipo de interés para cada uno de estos periodos anuales el que resulte de la adición de **0#75** puntos porcentuales el tipo de interés de referencia" que a su vez era definido en el apartado siguiente como el del "último EURÍBOR publicado en el B.O.E. anterior a la fecha de revisión y definido en la Circular 7/1.999 de 29 de junio del Banco de España bajo el epígrafe referencia interbancaria a un año como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (EURÍBOR)" (páginas 8 y 9 de la escritura, en los folios 21 vuelto y 22 de los autos).

Se trata de una forma de recoger la cláusula suelo que no puede decirse sea de las claramente recogidas, no por la literatura, que no permite diversas interpretaciones, sino porque aparece disimulada sin destacar en forma alguna y que no tiene por qué haber sido apreciada por el consumidor precisamente por carecer de resalte, una vez que la sentencia anteriormente reseñada, en su apartado 211 dice: "Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Consta en el procedimiento como documento número 3 acompañado con el escrito de contestación a la demanda (folio 95 de los autos) oferta vinculante donde consta una firma debajo de "EL/LOS SOLICITANTES", pero sin fecha alguna y que además la parte actora en ningún momento reconoció, lo que determina el total desconocimiento en torno al momento en que pueda haber sido entregado a los actores. Del mismo modo, como documento número 2 acompañado también con dicha contestación (folios 93 y 94) aparece una solicitud de préstamo con todos los datos recogidos, entre los que se incluye el suelo del 3% y el techo del 15%, a nombre de los dos demandantes y por el importe del préstamo litigioso, que también han rechazado en su demanda y que nuevamente carece de fecha. Por último, en la escritura se recogen las advertencias exigidas por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 (folio 34) en relación con la cláusula litigiosa, donde se hace constar expresamente que "No existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas financieras del documento contractual".

Con este panorama, debe ratificarse la nulidad de la cláusula en cuestión puesto que pasa por completo desapercibida y por supuesto no permite superar el doble control de transparencia, conforme señala la sentencia de 9 de mayo de 2.013 , así como la de 8 de septiembre de 2.014 , que resolvía un conjunto de acciones individuales sobre cláusulas suelo y con el mismo pronunciamiento, en la que puede leerse consideraciones como la siguiente: "fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio



de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo". Estas afirmaciones deben traerse al supuesto que se enjuicia desde el momento en que ni la oferta vinculante ni la petición del préstamo son documentos que puedan valorarse al no haber sido reconocidos por los prestatarios y no constar fecha alguna en los dos. Y por lo que hace a la constancia de las advertencias notariales, también la sentencia que se acaba de reseñar dice lo siguiente: "Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

De este modo, debe rechazarse este primer motivo del recurso, una vez que el testimonio del testigo, quien trabaja para la entidad demandada, no puede ser tomado en cuenta dada su vinculación laboral, con interés al fin y al cabo en el asunto que aquí se debate.

TERCERO.- Segundo motivo de la impugnación, con carácter subsidiario hace referencia, con apoyo en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 antes citada, a la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, de manera tal que no debería condenarse a la entidad prestamista al reintegro de los intereses abonados al aplicarse dicha cláusula.

Esta Sección había ya resuelto esta cuestión en contra de lo sostenido por las entidades bancarias. Ahora bien, cuando se tuvo conocimiento de que el Tribunal Supremo había resuelto uno de estos recursos en que se tocaba precisamente el problema de la irretroactividad, se decidió suspender el debate acerca de estos asuntos en los que se planteaba como motivo de impugnación de la sentencia de primera instancia dicha irretroactividad en espera de que fuera publicada dicha resolución. Una vez que se tuvo conocimiento del texto pudieron ya debatirse los recursos adoptando el criterio establecido por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2.015, el contrario al que había decidido esta Sección en los supuestos anteriores.

La parte dispositiva de aquella sentencia, en su apartado 4 dice lo 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 párrafo 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 y siguen 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.- Por lo que hace a las costas de la alzada, deberá aplicarse el artículo 398 para no hacer declaración sobre las mismas al acogerse uno de los motivos del recurso. Por su parte, al estimarse en parte la demanda declarándose la nulidad de la cláusula contenida en el contrato firmado por las partes el 5 de septiembre de 2.005 relativa a los límites de variación del tipo de interés, tampoco se hace pronunciamiento sobre las originadas en la primera instancia (artículo 394 LEC).

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

FALLO

Con parcial acogimiento del recurso presentado por la representación de la mercantil CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, frente a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 277 de 2.014, del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Oviedo debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, revocar la condena al abono de las cantidades devengadas por aplicación de la citada cláusula por importe de 4.671 €, más las que se devenguen durante la tramitación del presente procedimiento y hasta la firmeza de la sentencia, que se sustituye por la cantidad pagada por los actores desde la publicación de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de nueve de mayo de dos mil trece (9 de mayo de 2.013). No se hace declaración de las costas causadas en ambas instancias.

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