



Roj: **SAP O 1235/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1235**

Id Cendoj: **33044370062015100133**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **18/05/2015**

Nº de Recurso: **99/2015**

Nº de Resolución: **131/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00131/2015

RECURSO DE APELACION (LECN) 99/15

SENTENCIA Nº 131/15

En OVIEDO, a dieciocho de Mayo de dos mil quince.

Vistos por la Ilma. Sra. Presidente Doña María Elena Rodríguez Vigil Rubio, Presidente de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial actuando como órgano jurisdiccional unipersonal en el **Rollo de apelación núm. 99/15**, dimanante de los autos de juicio civil Verbal, que con el número 165/14 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, siendo apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador DON SALVADOR SUAREZ SARO y asistido por el Letrado DON JUAN BARTHE MARCOS; y como partes apeladas **DOÑA Emilia Y DOÑA Nuria**, demandantes en primera instancia, representados por el Procurador DON ANTONIO SASTRE QUIROS y asistidos por el Letrado DON ALBERTO ZURRON RODRIGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo dictó sentencia en fecha 30 de Diciembre de 2014 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Emilia y Dña. Nuria frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., y en su virtud:

- 1.- Declaro nula por abusiva la cláusula 4ª, apartado 4º del contrato de préstamo hipotecario dejando sin efecto el límite mínimo del 3,80 por ciento nominal anual.
- 2.- Condeno a la demandada a la entrega de la cuantía de 3.985,91 euros, así como el interés legal desde cada entrega y hasta su completo pago.
- 3.- Condeno a la demandada al pago de las cuantías indebidas conforme a la declaración de nulidad predicha desde abril de 2014 hasta la fecha de la resolución definitiva, con los intereses legales desde cada entrega hasta su completo pago.
- 4.- Se imponen las costas a la demandada."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, se tramitó la alzada quedando los Autos vistos para Resolución.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda en la que las actoras, en base a la legislación del consumo, solicitaban la declaración de nulidad de la cláusula cuarta incluida en la Escritura de compraventa, subrogación y novación de préstamo hipotecario, suscrita con la entidad financiera demanda el día 11 de octubre de 2007, en la que se pactaba una cláusula suelo y, acumulada a la misma, la de condena al reintegro de los intereses percibidos con su aplicación que se cuantifican, hasta la presentación de la demanda en la cantidad 3.985,91€, reclamando igualmente los que se perciban en lo sucesivo hasta la cesación definitiva de su aplicación.

Recorre tales pronunciamientos la entidad financiera demandada, en cuyo escrito de interposición, los dos primeros motivos se dirigen a impugnar la nulidad por abusividad declarada de la cláusula suelo y ello con un doble fundamento, al no discutirse ya en esta alzada su naturaleza de condición general predispuesta, *en primer lugar* invocar que no es posible el control de abusividad directa de la cláusula suelo aplicado en la recurrida, al incidir la misma en un elemento esencial del contrato cual es el precio, sino el de transparencia, en los términos recogidos en la STS de 9 de mayo de 2013, que limita su declaración de abusividad por esta causa en aquellos supuestos en que las cláusulas predispuestas no cumplan los criterios de transparencia, corrección y sencillez respecto de los consumidores recogidas en la misma que, *en el motivo segundo* concluye aquí no se dan, en cuanto la cláusula litigiosa tiene una redacción transparente, concreta, clara y sencilla y además con oportunidad real, al aparecer perfectamente configurada, de conocerse al momento de la celebración del contrato, tanto mas cuando este era de novación del ya concertado previamente con la promotora con un contenido mas limitado y concreto, a los tipos de interés que han de regir el mismo.

Con estos dos motivos la cuestión que nuevamente vuelve a plantearse a la decisión de la Sala no es otra que la de determinar si la cláusula suelo incluida en la estipulación cuarta de la escritura de compraventa subrogación y novación de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre las partes, supera o no el control de transparencia exigido por el TRLGDCU.

SEGUNDO.- En su resolución, ha de partirse de su carácter, ya indiscutido en esta alzada, de cláusula general predispuesta al no estar acreditado con la prueba documental obrante en autos, única practicada, que la misma no este destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contratos, ni lo que es mas importante, que hubiera existido una negociación individualizada y particularizada de la citada cláusula en este caso.

Pues bien, a partir de tal consideración de cláusula predispuesta general, cobra especial relevancia la doctrina establecida al respecto por el TS en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, toda vez que aun cuando los efectos vinculantes, propios de la cosa juzgada, solo alcanzan a las cláusulas de igual naturaleza concretamente examinadas en la misma, entre las que no se encuentra la litigiosa, al no haber sido parte en tal procedimiento la entidad financiera ejecutante, ello no obstante, como implícitamente se acepta por la entidad financiera recurrente, se parte en la misma de una doctrina con vocación de aplicación general a todas las condiciones generales predispuestas, en el sentido de que existe en nuestro derecho un doble control de transparencia, el establecido en el art. 7 de la LCGC para su incorporación al contrato de que se trate que, una vez superado como es el caso, exige efectuar un segundo reforzado o específico, cuando de contrato concertados con consumidores se trata, control este reforzado, tomando en consideración las exigencias contenidas en el TR-LGDCU, que afecta incluso a los elementos esenciales del contrato, de modo que si este segundo control de transparencia no se cumple, permite la declaración como abusiva de la condición general que establece en este caso la cláusula suelo, en aquellos supuestos en que resulte de su propio contenido que no se ha ofrecido al consumidor la información previa necesaria para que el mismo puede contratar con pleno conocimiento de causa.

En este sentido en el fundamento de derecho DECIMOTERCERO, de la citada STS de 9 de marzo de 2013, apartado 215, se razona por el Alto Tribunal: " a) *Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.*

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Partiendo de ese doble control reforzado el TS en el desarrollo argumental de tal fundamento de derecho Decimotercero, fija cuales son los parámetros a tener en cuenta, y así en su apartado 256 establece que la licitud de la cláusula suelo, desde el prisma de su transparencia, dependerá en cada caso de que la información facilitada, " *permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el*



suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio "

Partiendo de ello las razones que llevan al TS a no considerar transparentes las cláusulas suelo, contenidas en los contratos objeto de enjuiciamiento en la precitada sentencia son, según el apartado 225 de este mismo fundamento de derecho Decimotercero, los siguientes:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor .

Ello determinó que en su parte dispositiva, apartado Séptimo, declarara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos por consumidores enjuiciadas, por las siguientes razones: a) *La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Apartado Séptimo de su parte dispositiva que fue objeto de aclaración por el Alto Tribunal en su auto de fecha 3 de junio de 2013, en el sentido de establecer que la sentencia " *proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores "* y de que " *El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes "... pero no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, para apreciar la falta de transparencia y tampoco se requiere que concurren todas para que una cláusula pueda considerarse no transparente.*

La citada doctrina es en la actualidad doctrina legal reiterada al haber sido mantenido por el Alto Tribunal en sentencias posteriores de 16 de julio , y 8 de septiembre ambas de 2014 , y las mas recientes de 24 y 25 de marzo, ambas de 2015.

TERCERO. - La aplicación de los citados parámetros que en la actualidad constituyen doctrina legal, al supuesto enjuiciado, lleva a esta Sala a compartir el criterio del Juzgador de Primera Instancia de estimar que la cláusula suelo litigiosa, no supera ese control de transparencia exigido por la Legislación de Consumo.

Ello es así porque con independencia de que la redacción, respecto a los límites de la variación del tipo de interés es efectivamente clara y sencilla, extremo que igualmente concurría con la mayor parte de las examinadas en las citadas sentencias del TS, lo cierto es que del contenido de la escritura no puede concluirse que se proporcionara a las prestatarias información suficiente para permitirles identificar que la misma constituía un elemento definitorio del objeto principal del contrato, antes al contrario éste se presentaba y ofertaba como un préstamo a interés variable, a partir del primer año de su vigencia, concretado en un 1,25 puntos sobre el Euribor anual vigente a la fecha de revisión, incluso con determinadas bonificaciones que de hecho con la aplicación de la cláusula suelo quedaban sin efecto, convirtiéndose en un préstamo a interés mínimo fijo, que en la práctica impidió a las prestatarias beneficiarse tanto de las bajadas de los tipos de interés como de las citadas bonificaciones del tomado como referencia.

Su ubicación al margen de la referida al elemento esencial del contrato cual era el precio o intereses a que estaba sometido el préstamo, dificultó la real conciencia del prestatario, en el momento de la firma,



sobre los efectos que la cláusula suelo iba a tener en su aplicación, al difuminar su atención. No consta además acreditado que la entidad recurrente realizara simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, ni tampoco la advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo que la misma iba a suponer con otros productos a interés fijo de la misma entidad, razones que justifican en este caso la nulidad por falta de ese requisitos de transparencia reforzado exigible cuando de contratación con consumidores se trata.

CUARTO.- El siguiente motivo de impugnación, subsidiario del anterior y, para el caso de reputarse abusiva la citada cláusula suelo, se centra en los efectos retroactivos que la recurrida atribuye a la nulidad, al haber aplicado el criterio general del art. 1303 del CCivil, en contra de la doctrina que al respecto y para este concreto supuesto establece la STS de 9 de mayo de 2013 .

Se plantea con ello a la decisión de la Sala la cuestión relativa a determinar si el pronunciamiento décimo de la precitada sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo tantas veces citada, en el que se establece esa irretroactividad ha de tener o no en el presente efectos vinculantes como doctrina jurisprudencial con vocación de generalidad, pese a tratarse de una cláusula no enjuiciada en la citada sentencia, y a la que esta no extiende por ello los efectos de la cosa juzgada.

Tal cuestión no ha sido resuelta en forma unánime por los Tribunales, como lo evidencian los propios precedentes invocados por la recurrente en su recurso, de modo que existen dos posturas contrapuestas, la invocada por la recurrente, que ha seguido el pronunciamiento de la irretroactividad de la nulidad de estas cláusulas como doctrina jurisprudencial y, la aplicada en la recurrida, que no ha aceptado esa vinculación, debido fundamentalmente a la diversa naturaleza de las acciones colectivas allí resueltas y las individuales de este otro tipo de procedimientos, además de tomar en consideración el análisis de las circunstancias que concurrían en el supuesto resuelto por aquella sentencia del Tribunal Supremo y en el concreto del procedimiento en cuestión.

Pues bien, pese a que al menos en el seno de esta Audiencia la respuesta ha sido unánime en este último sentido al que, por razones de seguridad jurídica ya se ha sumado esta Sala en su reciente sentencia núm. 39/15 de dieciséis de febrero próximo pasado, y ello con fundamento esencial en reputar que no concurrían en estos casos de ejercicio de acciones individuales las razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que justificaban, junto a la concurrencia de buena fe, en la del Alto Tribunal el abandono de ese régimen general de la retroactividad, lo cierto es que este criterio no puede ser mantenido en este momento, al haber sido dictada en fecha 25 de abril de 2015, nueva sentencia de Pleno del TS , manteniendo no solo el criterio de la irretroactividad sino lo que es más importante, su aplicación general como doctrina legal, en todos los supuestos, incluido aquellos que como en el de autos de ejercicio de acciones individuales se trata, en que la abusividad se base en la falta de transparencia, fundada, no en la oscuridad interna de la cláusula que establezca estas cláusulas suelo, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la anterior sentencia de pleno de 9 de mayo de 2013 , de ahí que al fundarse en este caso la declaración de abusividad en esta causa, esto es en la insuficiencia de la información, por cuanto se ha razonado en el fundamento de derecho precedente, es obligado por constituir doctrina legal, el criterio de irretroactividad establecido en ambas sentencias, y que en esta última de 25 de marzo próximo pasado, se recoge en el apartado 4 de su parte dispositiva según la cual: " *Se fija 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 "*.(el subrayado es nuestro).

La aplicación general de ese criterio de la irretroactividad, se razona por el Alto Tribunal, en su fundamento de derecho noveno, apuntando que ya en la sentencia de Pleno anterior de 9 de mayo de 2013, la misma se había fundado en el principio de seguridad jurídica, en el de buena fe y en el riesgo de trastornos graves, que concurren igualmente cuando de ejercicio de acción individual se trata.

Así el trastorno grave del orden público económico , porque " Pretender que en la acción individual no se produzca meritorio 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 aquellos, 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.



"La buena fe, porque como tales en la anterior sentencia de pleno se habían valorado que :

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor."

Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013 ; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social".

Concluyendo así el Alto Tribunal que ". La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el parágrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 " .

Se acoge por ello el presente motivo, limitando así los efectos de la citada declaración de abusividad al reintegro a las prestatarias de los intereses que hubiesen pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 , a determinar en ejecución de sentencia.

QUINTO.- Debe por ello acogerse igualmente el motivo que solicita no se haga expresa imposición de costas en primera instancia, tanto porque la demanda se estima en forma parcial en base a la aplicación de la doctrina legal vinculante del TS existente en esta materia que niega la aplicación de la retroactividad a la declaración de abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo, cuanto porque en otro caso, la notoria existencia de resoluciones judiciales contradictorias acerca de ese carácter retroactivo o no de la declaración de abusividad de la cláusula suelo, antes de la unificación de doctrina llevada a cabo por el TS, justificaría igualmente de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 último párrafo de la L.E.Civil la exclusión del principio objetivo del vencimiento.

En cuanto a las del recurso, al acogerse parcialmente el mismo tampoco se hace expresa imposición, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2º de la L.E.Civil .

En Atención a lo expuesto el Magistrado de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente:

**FALLO**

Se acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por la entidad financiera **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, en autos de juicio verbal 165/2014 seguido contra la misma a instancia de **DOÑA Emilia Y DOÑA Nuria** a que el presente rollo se refiere, la que se **REVOCA PARCIALMENTE** en el sentido de limitar los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula suelo que contiene en su parte dispositiva y consiguiente reintegro, al importe de los intereses que han sido pagados en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, a calcular en ejecución de sentencia, con más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y los procesales del art. 576 de la L.E.Civil, desde la fecha de esta sentencia.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Así por esta sentencia que es firme, al **no** ser susceptible de recurso de casación de acuerdo con la doctrina contenida en los autos del TS de fecha 7 de mayo y 26 de febrero, ambos del corriente año, lo pronuncia, manda y firma la Ilma. Sra. Presidente de la Sala que la dicta.