



Roj: **SAP O 912/2017 - ECLI:ES:APO:2017:912**

Id Cendoj: **33044370042017100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **07/04/2017**

Nº de Recurso: **116/2017**

Nº de Resolución: **142/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00142/2017**

N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

JMI

**N.I.G.** 33051 41 1 2015 0100453

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000116 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de PRAVIA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000358 /2015

Recurrente: Baltasar , Leonor

Procurador: MARIA DEL PILAR LANA ALVAREZ, MARIA DEL PILAR LANA ALVAREZ

Abogado: CLAUDIO ALABAU HERNANDEZ, CLAUDIO ALABAU HERNANDEZ

Recurrido: CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRE

Procurador: ANA DIEZ DE TEJADA ALVAREZ

Abogado: IÑIGO MARTINEZ GONZALEZ

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 116/2017

**NÚMERO 142**

En OVIEDO, a siete de Abril de dos mil diecisiete, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Luis Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación número **116/2017**, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 358/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, promovido por D. Baltasar y D<sup>a</sup>. Leonor , demandantes en primera instancia, contra **CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO** , demandada en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente D. Francisco Tuero Aller.-



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de Primera Instancia de Pravia se dictó Sentencia con fecha uno de septiembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimo íntegramente la demanda deducida a instancia de don Baltasar y doña Leonor contra la entidad bancaria CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, y, en consecuencia, la absuelvo de cuantas pretensiones se contienen en ella. Con imposición de costas al demandante.".-

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día cuatro de Abril de dos mil diecisiete.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Interesan los demandantes que se declare la nulidad por abusiva de una cláusula de limitación de tipos de interés, o cláusula suelo, que aparece inserta en el contrato de préstamo hipotecario que suscribieron con la entidad bancaria demandada con fecha 18 de agosto de 2004. La sentencia de primer grado desestimó dicha pretensión por entender que la cláusula litigiosa superaba el doble control que una pacífica jurisprudencia viene exigiendo para su validez con relación a las estipuladas con los **consumidores**, condición que no se discute que tengan los actores: el de inclusión o incorporación y el de comprensibilidad real o transparencia propiamente dicha, si bien, por indudable error material, se emplea en la resolución apelada igual denominación ("control de incorporación") para uno y otro.

Los actores cuestionan en este recurso básicamente que se hayan observado en el caso los presupuestos necesarios para entender que se ha cumplido el segundo de los controles citados.

**SEGUNDO.-** A partir de la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, la jurisprudencia ha venido insistiendo en que no basta en estos casos con la transparencia documental, en el sentido de que la cláusula sea clara y comprensible, sino que es necesario que se haya concedido al **consumidor** la posibilidad de conocerla con carácter previo a la contratación, de tal modo que sea consciente tanto de la carga económica que conlleva como de la jurídica, de su verdadero alcance y consecuencias, es decir, que se le proporcione "un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", lo que conlleva las explicaciones operativas que sean precisas, la realización de simulaciones acerca de cómo puede ser aplicada en el futuro en relación al comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés, cómo incide en el coste del préstamo, o la comunicación a los prestatarios de cuales sean las perspectivas de las que el Banco tiene conocimiento acerca de esa evolución de los intereses a corto y medio plazo.

También es doctrina pacífica que esa información ha de suministrarla la entidad bancaria antes de la suscripción del préstamo; y que es a ella a quien incumbe demostrar haber observado ese deber.

**TERCERO.-** Siendo esto así, el recurso debe ser acogido. No cabe tener por acreditado que se ha superado ese segundo control de transparencia, pues, en realidad, la única prueba efectuada sobre este punto a favor de la tesis mantenida por la Caja demandada fue la declaración del empleado suyo que intervino en el contrato, ya jubilado pero lógicamente interesado en defender su buen hacer, a la que no puede concederse el valor decisivo que parece otorgársele, no sólo por esta razón, sino porque él mismo admitió que no recordaba concretamente esta operación y se limitó a relatar como actuaba en la generalidad de los casos. Sus manifestaciones, además de que reconoció que no hacía simulaciones de cómo podría operar la cláusula, contrastan con la ausencia de documental sobre la supuesta información que daba a los clientes, pese a que afirmó que sí la entregaba por escrito antes de la firma.

Frente a esa declaración ambos demandantes sostuvieron que nada se les dijo entonces sobre la existencia de la cláusula limitativa. No aparece que se haya suscrito oferta vinculante previa, ni se dice tal cosa en la escritura notarial, pues esa mención sólo aparece en la anterior escritura de préstamo de 1997 que, por cierto, no incorporaba cláusula suelo. Ni, en fin, hay más prueba de que la Caja hubiera observado ese deber de información, y menos con los caracteres de previo y comprensivo de los aspectos antes indicados, como exige la jurisprudencia.

**CUARTO.-** Las razones que recoge la sentencia apelada no contradicen esta conclusión: que el notario hubiera leído la escritura y estuviera hablando con los demandantes, no es un dato suficiente para asegurar esa comprensibilidad real y previa, a la que tiende el deber de información, que la actuación notarial no suple por sí sola (sentencias del T.S. de 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2017); que la demandante hubiera reconocido haber firmado varios papeles en la notaría tampoco permite presumir nada pues no hay ninguna



constancia de a qué se referían tales papeles; no cabe, por otro lado, trasladar a una supuesta pasividad de los prestatarios lo que no es sino un incumplimiento del deber de información que incumbe a la entidad bancaria; la suscripción del anterior préstamo hipotecario nada añade pues, como se ha dicho, en él no se había incluido una cláusula similar a la litigiosa, lo que, por el contrario, obligaba a la financiera a advertir expresamente que ahora sí se incluía y explicar cual era su verdadero alcance; y, en fin, que el demandante sea funcionario tampoco es relevante, pues esa condición no le cualifica a estos efectos, menos aún cuando se desconoce cual es el puesto que ocupa en la función pública dentro de la enorme diversidad que existe.

**QUINTO.-** Tampoco son de recibo los argumentos que esgrime la apelada. Aparte de los ya analizados (supuesta existencia de oferta vinculante, declaración del que fue su empleado) y de los que parecen poner en cuestión los fundamentos de una doctrina ya consolidada acerca del tema que es aquí objeto de controversia, alega que su aplicabilidad exige que la evolución previsible del euribor determinarse que el límite mínimo hubiera de utilizarse a corto plazo. Lo que en realidad dijo el T.S. en Auto aclaratorio de la sentencia de 9 de marzo de 2013 es que una de las notas o supuestos a tener en cuenta, entre otros, como determinantes de la abusividad de la cláusula, sería esa evolución del interés a corto y, también, a medio plazo. Y lo cierto es que en este caso, según la documental aportada por la propia demandada, el euribor, índice de referencia, ya estaba por debajo del límite mínimo pactado al tiempo de firmarse la escritura de hipoteca, y así se mantuvo durante el año y medio posterior, lo que revela aún más la apariencia engañosa que resultaba de establecer un interés variable, cuando lo era sólo al alza, y, por ello, necesitado de una información clara, suficiente y razonable del alcance de lo pactado, que, como se ha visto, no tuvo lugar, o, al menos no se ha acreditado.

**SEXTO.-** Lo hasta aquí expuesto habrá de traducirse en la total estimación de la demanda, con los efectos de la nulidad que se declara desde el momento en que comenzó a aplicarse la cláusula, tal y como ha establecido la reciente sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, y no solo desde el 9 de marzo de 2013 cómo se pedía, por las siguientes razones:

1º) Es reiterada la jurisprudencia que, con relación a los efectos restitutorios de la nulidad previstos en el artículo 1303 del Código Civil, viene estableciendo que no es necesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, pues se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. De este modo, señala el Tribunal Supremo que "no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de consecuencias ineludibles de la invalidez" (así, entre las más recientes, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 22 de abril de 2015 y 30 de noviembre de 2016, que citan otras muchas en el mismo sentido).

2º) Son igualmente numerosas, y tienen plasmación legal ( artículo 83 de la Ley de **Consumidores** y Usuarios ), las sentencias tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo expresivas del deber de los tribunales de actuar de oficio en protección del **consumidor**, imponiendo el principio de efectividad la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del **consumidor** en virtud de la cláusula abusiva.

3º) Ese principio de efectividad encuentra su límite en el de cosa juzgada, de tal modo que como recuerdan la sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea de 26 de enero de 2017 o el auto del Tribunal Supremo de 4 de abril también de este año, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles. Ahora bien, al mismo tiempo se dice que lo que sí cabe, y tienen obligación los tribunales, es adoptar las medidas que sean precisas en protección del **consumidor** mientras el proceso esté vivo, ya sea en primera o segunda instancia, pues ese principio de efectividad "impide que se salvaguarde la seguridad jurídica hasta un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional" (sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea de 3 de septiembre de 2009 y el citado Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril del año en curso).

En igual sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 ó la del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, entre otras varias, establecen que el tribunal de apelación, y no solo el de primera instancia, debe ejercer la competencia que se le otorga para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. Y

4º) Es cierto que la protección del **consumidor** no es absoluta y que el principio de efectividad no puede llegar "hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal



de un **consumidor** que desconoce sus derechos sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del **consumidor** interesado", ni tampoco sustituir su voluntad manifestada libremente (sentencias Tribunal de Justicia Unión Europea de 6 de octubre de 2009 y 21 de septiembre de 2013). Protección que incluso será menos intensa cuando está debidamente asesorado por letrado que le defiende. Ahora bien, en este caso no puede afirmarse que la petición que se hizo de que los efectos restitutorios de la cláusula nula se limitaran el 9 de mayo de 2013 obedece a la libre voluntad del **consumidor**, a una renuncia efectuada en su propio interés o beneficio. Antes bien, ese actuar, cómo se dice en la demanda, venía obligado o impuesto por una doctrina jurisprudencial vigente al tiempo de seguirse este proceso, que ha quedado anulada por la citada sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, indudablemente más beneficiosa para el **consumidor** en tanto permite la plenitud de efectos restitutorios.

**SÉPTIMO.**- La total estimación de la demanda conlleva la imposición a la demandada de las costas causadas en primera instancia, sin que, dado el acogimiento del recurso, proceda hacer expresa declaración de las aquí causadas ( artículos 394 y 398 Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## F A L O

Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Baltasar y Doña Leonor frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pravia en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 358/15, la que revocamos y, en su lugar, acogiendo íntegramente la demanda interpuesta por dichos recurrentes, acordamos:

1º) Declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de limitación de tipos de interés o cláusula suelo, que aparece recogida en la estipulación tercera bis, apartado a), del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes con fecha 18 de agosto de 2004.

2º) Condenar a la demandada, Caja Rural de Asturias, a devolver a dichos recurrentes la totalidad de las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula, más sus intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su total devolución. Y

3º) Imponer a la demandada las costas ocasionadas en primera instancia, sin que proceda hacer expresa declaración de las de este recurso.

Devuélvase a los apelantes el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.

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