



Roj: **SAP O 1268/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1268**

Id Cendoj: **33044370012015100120**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2015**

Nº de Recurso: **104/2015**

Nº de Resolución: **120/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00120/2015

Rollo: 104/2015

SENTENCIA NÚM.120/2015

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. José Antonio Soto Jove Fernández

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a, ocho 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 0000249 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000104 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador de los tribunales, Sr./a. SALVADOR SUAREZ SARO, asistida por el Letrado D. JUAN ANTONIO BARTHE MARCO, y como partes apeladas, Cecilio y Marisol , representados por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOAQUIN IGNACIO ALVAREZ GARCIA, asistidos por el Letrado D. MANUEL TUERO DEL VALLE.

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 2-1-2015 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Cecilio y Marisol , frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula contenida en la cláusula Tercera Bis B) de la escritura de 15 de octubre de 2008 en la que se fija el límite mínimo al tipo de interés variable, condenando a la demandada a eliminar dicha cláusula, a recalcular el cuadro de amortizaciones y a restituir al demandante las cantidades que percibió de más por efecto de la aplicación de la cláusula suelo con un importe de 3.661'74 euros, más las que se devenguen durante la tramitación del procedimiento, con los intereses en los términos del fundamento tercero de ésta resolución y las costas de ésta primera instancia".



TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., 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 6-5-2015, quedando los autos para sentencia.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don Guillermo Sacristán Represa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia que impugna la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL SA estima en su totalidad la demanda que frente a la misma dirige la representación de D. Cecilio y D^a Marisol .

Son motivos de su impugnación: el carácter transparente de la cláusula cuya nulidad se acuerda, como consecuencia de lo cual se ha superado dicho control; y en segundo término con carácter subsidiario, irretroactividad de aquella declaración lo que llevaría consigo no condenar a devolver las cantidades cobradas en virtud de su aplicación; por último, discute también la imposición de las costas al entender la presencia de serias dudas de hecho y de derecho

SEGUNDO .- Nuevamente es la nulidad de una cláusula de limitación de los tipos de interés en un contrato de préstamo hipotecario en el que se pactaban unos intereses variables, es decir de la denominada cláusula suelo.

La dimensión de transparencia de la misma exige, como es natural, comprobar su redacción literal y su ubicación en el conjunto de cláusulas incluidas en el préstamo del que se trata. La escritura se firmó el 15 de octubre de 2.008, tratándose de un préstamo hipotecario en el que se subrogaban los demandados, pues había sido suscrito por los vendedores de la vivienda en cuestión. El texto de la cláusula era el siguiente: **B) LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS.** Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4?00% nominal anual". Aparece dentro de la denominada "Novación Modificativa", apartado Quinto, exactamente con esos caracteres tipográficos, es decir destacado exclusivamente con mayúsculas y negrita el título de límites a la variabilidad (folio 25 vuelto de los autos, en la página 26 de la escritura pública).

Debe señalarse que no aparece con la pretendida claridad absoluta en que insiste la mercantil en la alzada reiterando lo afirmado en la primera instancia, puesto que en dicho apartado Quinto se señala la variación del tipo de Interés, el Diferencial y las Bonificaciones, además de modificar los Límites de Variabilidad del Tipo de Interés, debiendo decirse también que no se destaca cuál es ese mínimo (suelo) que se establece, por debajo del cual en ningún momento va a encontrarse el interés a abonar por el prestatario. Sin embargo, es cierto que al estar separado en un solo párrafo es más fácil de ser conocido y, del mismo modo, la literalidad no permite excesivas interpretaciones puesto que, sin rodeos, permite leer que el tipo de interés aplicable no será inferior al 4%, aun cuando la mayor dificultad se presenta en relación con el hecho de que el **consumidor** hubiera sido conocedor de la dimensión económica de dicha cláusula en la vida del contrato.

Ahora bien, llegados a este punto, debe ser traída la cita de un párrafo del auto de aclaración de la sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2.013 , fechado el 3 de junio siguiente, que resolvió unas acciones colectivas que reclamaban la nulidad de un conjunto de cláusulas suelo por parte de una entidad de **consumidores** frente a una pluralidad de entidades bancarias. Dicho párrafo dice así: "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". Lo que quiere decir que incluso en el supuesto de que la cláusula se considerara perfectamente inteligible, aún debería considerarse nula si concurre esta concreta circunstancia. Para concreta este último extremo, debe tenerse en cuenta el interés que la cláusula suelo establecía -el 4% nominal anual-, y el juego de los intereses variables pactados, que supone el resultante de adicionar el 0?95% puntos porcentuales al interés básico de referencia, es decir el euríbor.

El euríbor en el momento en que comenzaban a jugar los intereses variables (pues durante el primer año, hasta el 30 de junio de 2.009 se había establecido uno fijo del 5?60%), es decir el primero de julio de este último año se encontraba en el 1?497, siendo su evolución la siguiente: 1?346, 1?302, 1?237, 1?237, 1?236, 1?251, 1?226, 1?216, 1?214, 1?239 y 1?262. El resultado de añadir ese 0?95 a cada uno de estos valores supuso que los variables se habrían encontrado entre el 2?164 y el 2?247 % durante esta primera anualidad, de tal manera



que el altísimo suelo fijado suponía dejarlo como fijo, lo que conduce a desestimar el primero de los motivos del recurso, confirmándose la nulidad de la cláusula en cuestión.

TERCERO .- El tercer motivo del recurso consiste en afirmar que la sentencia de instancia vulnera la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 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 tanto CAJA RURAL como otras entidades planteaban dicha cuestión como motivo de impugnación de las sentencias de primera instancia. Dicho 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 debatía esta cuestión en un concreto recurso planteado por una de dichas entidades que sostenía la posición opuesta, se consideró conveniente suspender las vistas de aquellos procedimientos en los que se hubiera planteado dicha cuestión. Por fin, con fecha 25 de marzo de 2.015 se dictó la misma, lo que permitió la deliberación de 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 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".; añadiendo 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 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 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 y, 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 desde la publicación de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 .

CUARTO .- El último motivo hace referencia a la imposición de las costas. Claro es que al acogerse uno de los motivos del recurso, la estimación de la demanda no es total, motivo por el cual la aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) determina que no se haga pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia. Y el acogimiento de aquel motivo supone que tampoco pueda hacerse declaración sobre las causadas en la alzada (artículo 398 del mismo texto legal).

FALLO

LA SALA ACUERDA: Con parcial estimación del recurso de apelación presentado por la representación de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA frente a la sentencia dictada en procedimiento ordinario número



249/14, del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Oviedo, debemos, confirmando la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa, modificar la condena a la demandada de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas por los prestatarios por la aplicación de la cláusula nula, que se reducen a las que hayan tenido lugar desde la publicación de la sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo, de nueve de mayo de dos mil trece . **No** se hace declaración sobre costas de ambas instancias.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ