



Roj: **SAP O 1269/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1269**

Id Cendoj: **33044370012015100121**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **217/2014**

Nº de Resolución: **122/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Oviedo, núm. 2, 18-03-2014,**
SAP O 1269/2015

SENTENCIA núm . 122/2015

Rollo 217/14

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

D. JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

D. GUILLERMO SACRISTAN REPRESA

D. JAVIER ANTON GUIJARRO

En Oviedo a once de Mayo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 238 /2013, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 217 /2014, en los que aparece como parte apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales D. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por la Letrada D^a. ANA ARROYO MARIN, y como parte apelada D. Samuel representado por la Procuradora de los tribunales D^a. ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ, asistida por la Letrado D. JOSE ENRIQUE ANTUÑA LOPEZ.

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 18 de marzo de 2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Samuel frente a BANCO PASTOR , S.A., debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula contenida en el pacto tercero del otorgamiento, apartado C, de la escritura de ratificación y aceptación de la subrogación y novación modificativa de préstamo hipotecario en el último párrafo relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable, condenando a la demandada a eliminar dicha cláusula y a restituir al demandante las cantidades que percibió de más por efecto de la aplicación de la cláusula suelo con un importe de 688,83 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 resolución 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 de hoy 11 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 Ilmo. Sr. D. JAVIER ANTON GUIJARRO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el caso examinado encontramos que Don Samuel suscribió el 6 febrero 2009 con la entidad "Futurhogar Asturias, S.L." una escritura de compraventa de vivienda, subrogación, novación y ampliación del crédito hipotecario, todo ello con subrogación en el crédito hipotecario que esta promotora tenía concedido por con "Banco Pastor, S.A." -hoy Banco Popular Español- existiendo en la novación modificativa la cláusula tercera apartado c) que bajo el epígrafe de "límites a la variabilidad del tipo de interés" dispone que "las partes acuerdan que a efectos obligaciones, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,50 % nominal anual".

Partiendo del anterior relato fáctico en la demanda presentada por Don Samuel 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 de la cláusula tercera apartado c) relativa a la fijación de una cláusula suelo, la condena de la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a la devolver las cantidades cobradas en exceso en aplicación de dicha cláusula hasta la fecha de la demanda, que se cifran en 688,83 euros, así como las que se puedan cobrar durante la tramitación de este procedimiento. La Sentencia de fecha 18 marzo 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 238/13 acuerda declarar la nulidad de la repetida cláusula, condenando a la entidad demandada al abono de la señalada cantidad de 688,83 euros, más las cantidades indebidamente percibidas que, por aplicación de la cláusula declarada nula, se devenguen durante la tramitación del procedimiento.

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".

Sostiene la apelante en su recurso que en el caso presente estamos en presencia de una subrogación en un préstamo hipotecario preexistente, motivo por el que no existe imposición alguna por parte del Banco, destacando además la circunstancia de que estando fijado en el préstamo en el que el actor se subroga un suelo del 4,25% (así en el expositivo III de la escritura), la novación supone su reducción al 3,50%, lo que supone una mejora en la situación preexistente.

Semejante planteamiento no puede ser admitido en atención a dos tipos de argumentos. En primer lugar la apelante está olvidando que los representantes del Banco Pastor aparecen como parte interviniente en la escritura de subrogación y novación, tal y como expresamente se hace constar en su encabezamiento, motivo por el que le resultaba exigible a la entidad el deber de información no solo acerca del contenido de las cláusulas preexistentes sino también de las que son objeto de novación, como ocurre en este caso con la presencia de una cláusula suelo, por más que su límite se haya visto efectivamente reducido en la proporción que se dice en el recurso. Pues lo cierto sigue siendo que la cláusula suelo que estaba presente en el préstamo original pasaba absolutamente inadvertida -no aparece destacada o resaltada en modo alguno frente al resto del contenido contractual- como tampoco lo está la nueva cláusula inserta en el préstamo ya novado toda vez que el contenido de la cláusula tercera apartado c) tampoco está especialmente destacada, todo lo cual hace que debamos tener por no superado el control de transparencia con las exigencias arriba señaladas.

Pero es que en segundo lugar en el caso ahora enjuiciado encontramos que el importe fijado para la nueva cláusula suelo de 3,50%, por su magnitud, tiene la virtualidad de convertir lo que aparentemente se presenta como un préstamo sujeto a interés variable en un préstamo que realmente opera *ab initio* como un préstamo a interés fijo. Efectivamente, si tenemos presente que el euríbor a un año se encontraba fijado el 1 octubre 2009 -momento previsto contractualmente para que comenzara a aplicarse el interés variable- en el 1,237%, aumentando progresivamente en los meses sucesivos hasta alcanzar su techo en agosto de 2011 en que se fijó en 2,177%, para posteriormente volver a descender, el resultado que obtenemos al añadirle el diferencial contratado de 1,25 puntos porcentuales es que en ningún momento el tipo de interés efectivamente aplicable al préstamo llegaba a superar aquel suelo. Esta circunstancia sumamente cualificada hace exigible un estándar de transparencia mucho más elevado para posibilitar que el **consumidor** pueda, en palabras de la STS 9 mayo 2013, " *tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*". La infracción de tales requisitos conlleva como resultado, tal y como señala el ATS de 3 junio 2013, "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 medio plazo lo convertirán 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". En definitiva, tales consideraciones conducen consecuentemente a rechazar el recurso de apelación en lo que atañe a la declaración de nulidad de la cláusula examinada.

TERCERO.- Cuestión distinta es la que se refiere al motivo del recurso de apelación en el que se discute la retroactividad del anterior pronunciamiento. La STS de 25 marzo 2015 establece en su fallo 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". Procede por tanto revocar la Sentencia recurrida en el único sentido de limitar los efectos de la retroactividad de la nulidad al señalado límite temporal.

CUARTO .- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394, 397 y 398 LEC no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

Por todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por "Banco Popular, S.A." contra la Sentencia de fecha 18 marzo 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 238/13, debemos acordar y acordamos REVOCARLA el sentido señalado en el fundamento de derecho tercero de la



presente resolución, manteniendo el resto de pronunciamientos. **No** ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ