



Roj: **SAP O 1275/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1275**

Id Cendoj: **33044370012015100127**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **140/2015**

Nº de Resolución: **129/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº129/15

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D.Jose Antonio Soto Jove Fernandez

MAGISTRADOS

D.Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a quince de Mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000141 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000140 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. SALVADOR SUAREZ SARO, asistido por el Letrado D. JUAN BARTHE MARCO, y como parte apelada, Inmaculada, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. LUIS ALBERTO PRADO GARCIA, asistido por el Letrado D. CESAR JULIO RAMOS ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil numero 1 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 29 de Diciembre de 2014, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Estimar la demanda interpuesta por Inmaculada contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, declarando la nulidad de la cláusula séptima de la escritura de compraventa y subrogación de fecha 29 de Diciembre de 2006, relativa a la fijación de un limite mínimo al tipo de interés variable (cláusula suelo)al estimarla abusiva, condenando a la parte demandada a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre las partes y a la devolución de las cantidades cobradas en exceso en su aplicación, cantidades que se determinaran en ejecución de sentencia y que habrán de generar el interés legal del dinero desde la fecha de cada pago hasta esta sentencia, desplegando desde entonces sus efectos el art.576 LEC . No procede condena en costas.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia 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.

CUARTO.- Se señalo para deliberación votación y fallo el dia13 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. DON Guillermo Sacristán Represa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada e impugnada por la entidad mercantil BANCO POPULAR SA acoge en su integridad la demanda en la que DOÑA Inmaculada pide la declaración de nulidad de una de las denominadas cláusulas suelo (de limitación de la variabilidad de los tipos de interés), e impone la obligación de reintegrar una determinada cantidad abonada por aplicación de la misma y que se fijará en ejecución de sentencia.

Motivos del recurso son la transparencia de la cláusula, lo que significa superar el doble control exigido por el Tribunal Supremo; y subsidiariamente, irretroactividad de dicha nulidad, caso de no aceptarse el primer motivo, constituyendo no haberlo admitido la vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 .

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso supone que la entidad que impugna la sentencia parte de la base de que la cláusula tiene una redacción "transparente, clara, concreta y sencilla".

La sentencia que discute señala un precedente enjuiciado por el mismo de una cláusula "idéntica a la litigiosa, con el mismo banco y entidad promotora (Promociones Lugones SA), en los autos de procedimiento ordinario 323/2.013, en que se estimó que la cláusula no superaba el doble control de transparencia". Fue la sentencia de 7 de julio de 2.014 , confirmada por esta misma Sección en la fechada el 17 de noviembre del mismo año .

El examen de la cláusula litigiosa no arroja la misma conclusión a la que llega el escrito de recurso. Debe tenerse en cuenta que el único dato que podría ser favorable a la tesis pretendida relativa a superación del control de transparencia, es que se encuentra en un párrafo separado, sin que pueda negarse que no permite interpretaciones diversas de su contenido. Cierto es que su texto es: "Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podría ser inferior al 3?50% nominal anual ni superior al 12?50% nominal anual", y al modificarse se incrementa dicho suelo en un 0?50 más con la única variante de poner en mayúsculas LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS. La grafía es la que se reseña, es decir ni un subrayado, ni se destacan los tantos por ciento con negrita o mayúscula. Se encuentra dentro de un apartado SÉPTIMO que la sentencia impugnada reproduce en sus propios términos, donde puede verse cómo se oculta la importancia que desde un punto de vista económico va a tener dicha cláusula, lo que obliga a concluir la falta de prueba acerca de que la prestataria alcanzara a comprender tal dimensión a lo largo de la vida del contrato.

Es claro que a pesar de su claridad expositiva, se desconoce por completo el conocimiento por parte de los prestatarios de esta alteración de lo que se pactaba, que eran los intereses variables, de manera tal que puede reproducirse lo que esta Sección expresó al resolver el recurso frente a la anterior sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo (sentencia de 17 de noviembre de 2.014 , antes reseñada): "Aduce la apelante que no es creíble que la parte actora ignorase en lo que se subrogaba, resultando claro el contenido de la estipulación. La citada STS considero que aunque ésta define el objeto del contrato a suerte de condición general ha de examinarse la eventual abusividad de su articulación bajo método de doble control de transparencia, no aportando prueba fehaciente la entidad que permita motivar ex art. 217 LEC su negociación individual y estimando la Sala que su redactado no supera el segundo filtro del control , no evidencia que bajo pautas de conocimiento de **consumidor** medio sea realmente comprensible la relevancia de su previsión en el desenvolvimiento económico del contrato y en el equilibrio prestacional entre los contratantes, viniendo mencionada en la escritura de subrogación pero encontrándose destacada de un modo un tanto difuso como parte del contenido de la cláusula undécima (en contraposición a la claridad con que p.e. se destaca el seguro de indemnización suscrito a cargo de los prestatarios en la decimoquinta) y sin constancia de formalización de la oferta vinculante para contratación del préstamo hipotecario prevista en los arts. 5-2 y 7-2 de la OM de 1994. Sentencia de 17 noviembre 2.014, Sección 1ª AP Oviedo".

Ni que decir tiene que cuando la entidad prestamista renuncia a argumentar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la consiguiente existencia de oferta vinculante o las advertencias a los prestatarios realizadas por el Señor Notario, es manifiesto que ni existió negociación ni información suficiente para que éstos pudieran haber comprendido la trascendencia económica durante la vida del contrato de aquella limitación a la variabilidad de los tipos de interés.

De este modo, debe rechazarse el primer motivo del recurso, ratificándose la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa.

TERCERO.- El segundo 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 diversas 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 tenía a punto la sentencia que resolvía tal cuestión, se consideró conveniente suspender las deliberaciones de aquellos recursos en los que se hubiera planteado dicha cuestión hasta la publicación de la misma. Por fin, con fecha 25 de marzo de 2.015 se dictó la misma, lo que permitió entrar a resolver 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 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 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, sea cual sea el criterio de los firmantes y su mayor o menor conformidad con el voto reservado que también presenta la sentencia firmado por 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.- El acogimiento de parte del recurso, lo relativo a los intereses a reintegrar por la entidad prestamista, determina que no se haga pronunciamiento sobre costas de la alzada, con aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), idéntico a lo que debe hacerse con las de primera instancia, cuya imposición debe revocarse, al ser la estimación de la demanda tan solo parcial (artículo 394 del mismo texto legal).

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

FALLO

Con parcial estimación del recurso presentado contra la sentencia dictada en este procedimiento por la representación de la entidad demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, debemos, CONFIRMANDO la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa, REVOCAR el pronunciamiento relativo a la condena a la misma al abono a la actora DOÑA Inmaculada, de todos los intereses pagados en aplicación de tal cláusula,



reduciéndolo a la condena de los abonados 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 las costas causadas en ambas instancias.

Dese el destino legal al Depósito constituido para recurrir.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ