



Roj: **SAP O 1239/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1239**

Id Cendoj: **33044370042015100128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **14/05/2015**

Nº de Recurso: **176/2015**

Nº de Resolución: **131/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

#### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00131/2015**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 176/2015

#### **NÚMERO 131**

En OVIEDO, a catorce de Mayo de dos mil quince, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Eduardo García Valtueña, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

#### **SENTENCIA**

En el recurso de apelación número **176/2015**, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 1007/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número seis de los de Oviedo, promovido por **CAJA RURAL DE ASTURIAS, S.C.C.**, demandada en primera instancia, contra **D<sup>a</sup>. Ariadna y D. Borja**, demandantes en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente D. Francisco Tuero Aller.-

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número seis de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha nueve de Marzo de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Ramón Blanco González, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad de la cláusula contenida en la escritura de compraventa con subrogación en préstamo hipotecario suscrita en fecha 5 de julio del año 2004, que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3%.

2.- Se condena a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y la elimine del contrato dejando subsistente el resto del contrato y cuyo contenido literal de la cláusula dice: "se establecen unos límites de variación del tipo de interés entre un máximo del 15% y un mínimo del 3%".

3.- Se condena a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución, sin tener en cuenta la cláusula anulada.

4.- Se condena a la demandada a la devolución de todas las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la aplicación de la cláusula declarada nula, a determinar en ejecución de sentencia, con el interés legal desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta de los actores y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC .

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes."-



**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada 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 doce de Mayo de dos mil quince.-

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia de primer grado, estimando íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes con fecha 5 de julio de 2004, por la que se establece un límite mínimo a las variaciones del tipo de interés, y condenó a la demandada a recalcular el cuadro de amortización sin tener en cuenta la cláusula anulada, así como a devolver todas las cantidades que hubiera cobrado en virtud de la cláusula declarada nula.

El presente recurso se dirige a cuestionar los tres pronunciamientos. Sostiene en primer lugar que la cláusula no es abusiva; añade que, subsidiariamente, se limiten los efectos de la nulidad, negándoles carácter retroactivo; y, en fin, también con carácter subsidiario, interesa que se suprima la condena a recalcular el cuadro de amortización del préstamo.

**SEGUNDO.-** Debe dejarse sentado, en primer término, que esta Sala comparte plenamente los razonamientos contenidos en los fundamentos segundo y tercero de la sentencia apelada, con la salvedad de su último párrafo por razones que luego se dirá, tanto en cuanto recoge la doctrina general establecida por el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 9 de mayo de 2013 ( luego reiterada en las de 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo del año en curso) acerca de esta clase de cláusulas, conocidas como cláusulas "suelo", como en su aplicación al caso aquí enjuiciado, acerca de que la que es objeto de análisis no supera los controles de transparencia y previa información a los clientes.

Poco cabe añadir a lo allí expuesto. Respecto de la doctrina general, ajustada a esas pautas jurisprudenciales, bastará con darla por reproducida en evitación de inútiles repeticiones. Y con relación a su aplicación al caso aquí analizado, ante la falta total de prueba, testifical o documental, sobre la previa información a los demandantes de la existencia de la cláusula controvertida y su presencia enmascarada entre una multitud de datos en el seno de la escritura, sin destacarse en modo alguno de tal forma que es presumible que pasara desapercibida para aquellos, la propia entidad recurrente admite en sede de apelación no haber podido demostrar su transparencia -tampoco lo hizo del deber de información suficiente y comprensible para que el cliente pudiera adoptar una decisión racional al elegir la oferta realizada por el banco, con conocimiento de sus consecuencias jurídicas y económicas, tal y como exige esa jurisprudencia-, limitándose a realizar juicios de valor genéricos e irrelevantes sobre la conducta seguida por los particulares ante esta clase de pactos, su carácter beneficioso para ellos o la ausencia de complejidad de estas operaciones.

Ante tales argumentos bastará nuevamente con remitirse a lo razonado en las citadas sentencias del Tribunal Supremo. La alegación de que le fue imposible acreditar la observancia de los deberes que le incumbían al tiempo del contrato debido al largo tiempo transcurrido no es admisible, por una parte, porque el paso del tiempo no incide en la posibilidad de aportar prueba documental sobre el cumplimiento de esas obligaciones, si tales documentos hubieran existido (previa oferta del banco, simulaciones realizadas sobre el modo de operar esta cláusula u otros explicativos semejantes), lo que permite afirmar que, efectivamente, no llegaron a elaborarse en ningún momento. Y, por otra, porque el testigo que llamó al acto del juicio no es que no recordara lo sucedido. Antes bien, lo que afirmó con rotundidad es que no conocía a los demandantes y que él no había intervenido -ni lo hacía nunca- en la formalización de préstamos hipotecarios, pues su función en el banco era otra distinta.

**TERCERO.-** En realidad, el núcleo sobre el que gira el primero de los motivos del recurso, dirigido a negar la abusividad de la cláusula litigiosa, es que para la entidad financiera era imprevisible que llegara a operar el "suelo" establecido dado el largo tiempo que transcurrió entre la firma del préstamo y el momento en el que comenzó a aplicarse, que dice que sólo tuvo lugar después de pasados cinco años. Funda esta alegación en el auto aclaratorio de la citada sentencia del T.S. de 9 de mayo de 2013 , de fecha 3 de junio del mismo año , y en dos sentencias de la Sección 1ª de esta Audiencia de 9 de febrero de 2015 .

Lo que dice el citado Auto es que "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 convertirá en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los supuestos de la falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito". De su dicción se deduce, en primer término, que aunque no se de esta circunstancia, es decir, aún cuando la evolución hubiera ocurrido a largo



plazo y hubiera sido imprevisible para el banco, también cabe apreciar la falta de transparencia y abusividad por otros motivos diferentes, a los que también alude la sentencia de primer grado y no son ya objeto de discusión.

En segundo lugar, el citado Auto alude a la previsibilidad a corto y a medio plazo, no sólo a corto plazo como señala la apelante. Tales términos (corto y medio plazo) son imprecisos. No existe una definición general, que incluya todos los supuestos, que permita conocer el lapso temporal al que se refieren y su contraposición a las previsiones a largo plazo. En cualquier caso, si se tiene en cuenta que el plazo pactado en el préstamo hipotecario para reintegrar su importe era de 360 meses (30 años), no parece que los cinco años en los que se centra la apelante exceda de lo que cabe considerar medio plazo.

Pero, además, no es cierto que la cláusula sólo hubiera empezado a operar después de cinco años de concertado el préstamo. Según los cálculos aportados por la actora junto a la demanda, no desvirtuados por otros, tras un primer año en el que se aplicó el interés fijo previsto en el contrato (de 5 de julio de 2004 a 5 de julio de 2005), pasó a regir la repetida cláusula suelo ya en la anualidad siguiente (del 2005 al 2006), pues entonces el euribor, que era el índice de referencia, se situó en el 2,193%, que adicionado al diferencial convenido (0,60), no alcanzaba al suelo (3%), que fue el que se tuvo en cuenta. Estos últimos datos los corrobora la documental obrante el folio 59. Es decir, que incluso en el corto plazo -parece claro que un año debe merecer tal consideración- ya operó el "suelo" controvertido, lo que evidencia aún más la inviabilidad de este motivo del de recurso.

**CUARTO.-** También está de acuerdo este Tribunal con el último párrafo del fundamento tercero de la sentencia de instancia, que razona sobre las consecuencias de la declaración de nulidad y su extensión a la obligación de devolver todo lo percibido en aplicación de la cláusula declarada nula. Esta Sala, al igual que otras muchas Audiencias, ha venido manteniendo esta misma tesis tomando como fundamento principalmente la literalidad del art. 1303 C.C. ; la reiterada jurisprudencia dictada en su aplicación, que si bien lo ha matizado en ocasiones, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo y prestaciones ya consumidas de imposible restitución, ha mantenido su vigencia en supuestos similares -así sentencias, entre las más expresivas, como las de 30 de diciembre de 1996 , 11 de febrero de 2003 , 22 de abril de 2005 y 29 de diciembre de 2010 -; que ese efecto restitutivo es el que mejor se compadece con la finalidad buscada, cual es la de restablecer la situación económica de las partes previa al efecto invalidador, en aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto; que, igualmente, la protección del consumidor y la imposibilidad, legal y jurisprudencial, de moderar los efectos de las cláusulas declaradas nulas, conduce al mismo resultado; y que, en fin, la doctrina sentada en la repetida sentencia de 9 de mayo de 2013 no era de aplicación, tanto por tratarse de una única sentencia, como por ser diferente el caso analizado (acción colectiva de cesación, no individual, fundamento en los riesgos de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, inexistente aquí). Así se ha venido manteniendo en las sentencias de este Tribunal de 8 de mayo , 29 de septiembre y 10 de diciembre de 2014 .

Ahora bien, tampoco cabe desconocer el sentido de la reciente sentencia del T.S. de 25 de marzo del año en curso , que ha reiterado nuevamente la doctrina de la de 9 de mayo de 2013 , sentando con toda claridad que debe aplicarse también a estas acciones individuales de nulidad de tal forma, termina diciendo, que declarada la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiera pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , excluyendo la devolución de los cobrados con antelación a esa fecha.

Con independencia de la valoración que puedan merecer los razonamientos que conducen a dicha conclusión, cuestionada en un voto particular suscrito por dos magistrados que resulta más acorde con la tesis antes expuesta, es lo cierto que la jurisprudencia, ahora ya reiterada y plenamente aplicable al caso aquí analizado, tiene el valor complementario del ordenamiento jurídico que le reconoce el art. 1.6 del C.C . De acuerdo con este precepto y por evidentes razones de seguridad jurídica, en evitación de los conflictos que generaría el mantenimiento de criterios dispares en perjuicio, a la postre, de quien acude a los tribunales de justicia, habrá de estarse a la citada pauta jurisdiccional, acogiendo en este sentido, en parte, el recurso de apelación.

En igual sentido ya se pronunció esta Sección en la sentencia de 29 de abril del año en curso.

**QUINTO.-** En el último motivo del recurso discute la entidad financiera que se le haya condenado a recalcular el cuadro de amortización del préstamo, lo que, a su juicio, incide en el capital amortizado y supondría una devolución duplicada de la cantidad cobrada en ese exceso. No es ese evidentemente, el sentido buscado por tal pronunciamiento, como sostienen los propios apelados. Esa condena a recalcular ha de ponerse en relación con el objeto del procedimiento y de condena principal. Lo que ha de calcularse es cuales fueron los intereses cobrados de más, -y los moratorios que pudieran haber generado los mismos-, para dar cumplimiento a la condena de restitución, que en este caso habrá de limitarse como consecuencia del parcial acogimiento del motivo anterior.



**SEXTO.-** La parcial estimación del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las costas aquí causadas ( art. 398 LEC ).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

### FALLO

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Caja Rural de Asturias S.C.C. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Oviedo en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 1007/14, la que revocamos en parte, en el sentido de modificar sus pronunciamientos tercero y cuarto, limitando la condena de dicha recurrente a devolver las cantidades que hubiera cobrado en virtud de la estipulación declarada nula, a las que hubiere cobrado con posterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , más sus intereses; refiriendo también a dicha fecha la obligación de recálculo del pronunciamiento tercero, que se entenderá en el sentido señalado en el fundamento quinto de esta resolución.

Confirmamos sus restantes pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas aquí causadas.

Devuélvase a la apelante 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 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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