



Roj: **SAP O 1288/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1288**

Id Cendoj: **33044370052015100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **144/2015**

Nº de Resolución: **141/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00141/2015**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 144/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veinte de Mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 105/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo, Rollo de Apelación nº144/15, entre partes, como apelante y demandada **CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO**, representada por la Procuradora Doña María Ángeles Pérez-Peña del Llano y bajo la dirección del Letrado Don Íñigo Martínez González y como apelados y demandantes **DON Edemiro Y DOÑA Encarna**, representados por la Procuradora Doña Ángeles Fuertes Pérez y bajo la dirección de la Letrado Doña María del Pino de Luis Lorenzo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha diecinueve de febrero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: 1). Que debo estimar y estimo, en su integridad, la demanda interpuesta por DON Edemiro y DOÑA Encarna contra "CAJA RURAL DE ASTURIAS", y en su virtud,

1). Declaro nula la "cláusula financiera tercera bis. Tipo de interés variable. 5º Límites de variación al tipo de interés" (cláusula suelo), estipulación contenida dentro del apartado de cláusulas financieras del contrato de préstamo hipotecario otorgado por los demandantes y la "Caja Rural" el día 14 de Julio de 2005.

2). Condeno a la entidad demandada a dejar de aplicar de manera inmediata el aludido límite "suelo" y a calcular y liquidar la cuota hipotecaria de acuerdo con el tipo del Euribor, según lo pactado, y vigente actualmente.

3). Condeno a "Caja Rural" a devolver a los actores todos los excesos de pago que vienen realizando y que sigan realizando, por efecto de la "cláusula suelo" anulada, que se ha de considerar expulsada del contrato desde la misma fecha de su otorgamiento, excesos a computar desde el mismo momento en que empezó a aplicarse el límite a la baja del 3%.



4). Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores el Itnez legal de dichas cantidades pagadas en exceso, a computar desde la fecha de cada pago periódico y hasta el momento de su efectiva devolución por parte de la "Caja".

5). Impongo a la interpelada todas las costas de este juicio".

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Por Don Edemiro y Doña Encarna se promovió demanda de juicio ordinario frente a la entidad Caja Rural de Asturias, solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la cláusula tercera bis 5º, referida al límite de variación del tipo de interés (cláusula suelo), contenida en la escritura concertada con la demandada en fecha 14 de julio de 2.005; debiendo liquidarse la cuota mensual de acuerdo al interés variable (euribor) pactado y vigente actualmente, condenando a la demandada a la devolución del diferencial entre la cuota mensual que han venido pagando los actores y la que tendrían que haber pagado desde que el TS declaró en sentencia de 9 de mayo de 2.013 que dicha cláusula del límite de variación del tipo de interés aplicable tendría que haberse quedado sin efecto, cuyo importe se determinará en el trámite de ejecución de sentencia; condenando a la demandada al abono del interés legal que genere dicha cantidad desde la fecha de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, lo que se determinará en ejecución de sentencia. En la referida cláusula se dispone que: "Los límites de variación del tipo de interés se establece un máximo del 15% y un mínimo de 3%", siendo el importe del préstamo hipotecario de 110.000 € y siendo hecho pacífico que los actores son consumidores.

A la pretensión actora se opuso la entidad demandada, quien en primer lugar alegó la excepción de falta de competencia objetiva al estimar competente para el conocimiento del asunto a los Juzgados de lo Mercantil; desestimada esta excepción, por la parte demandada se alegó en la contestación a la demanda, en primer lugar, la prejudicialidad civil o una litispendencia que debía abocar a la suspensión del presente procedimiento hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento ordinario núm. 471/2.010 seguido ante el Juzgado lo Mercantil núm. 11 de Madrid, en el que ADICAE articula una acción de cesación de la Ley General las Condiciones Generales de Contratación contra varias entidades crediticias, entre ellas Caja Rural de Asturias, a fin de que se declare la nulidad de cláusulas suelo, incluida la contenida en el préstamo hipotecario de los demandantes. Y en cuanto al fondo del asunto, se solicita la desestimación de la demanda argumentando sobre el control de transparencia, negando que la cláusula suelo sea abusiva, ni contraria a la buena fe, ni cause desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y postulando la irretroactividad de una eventual declaración de nulidad de la cláusula.

El juzgador "a quo" dictó un auto el 16 de mayo de 2.014 desestimando la litispendencia impropia o prejudicialidad civil invocada, resolución que fue recurrida en reposición, dictando el juzgador "a quo" un auto el 13 de junio de 2.014 desestimando el recurso interpuesto y entrando en el fondo del asunto dictó sentencia el 19 de febrero de 2.015, en la que estima la demanda y declara la nulidad de la cláusula financiera tercera bis. Tipo de interés variable 5º límites de variación al tipo interés (cláusula suelo), estipulación contenida dentro del apartado de cláusulas financieras del contrato de préstamo hipotecario concertado por los litigantes el 14 de julio de 2.005; condenó a la demandada a dejar de aplicar de manera inmediata el aludido límite suelo y a calcular y liquidar la cuota hipotecaria de acuerdo con el tipo del euribor según lo pactado; condenó asimismo a la demandada a devolver a los actores todos los excesos de pago que vienen realizando y que sigan realizando por efecto de la cláusula suelo anulada, que se ha de considerar expulsada del contrato desde la misma fecha de su otorgamiento, excesos a computar desde el mismo momento en que empezó a aplicarse el límite a la baja del 3% y, finalmente, condenó a la entidad demandada a abonar a los actores el interés legal de dichas cantidades pagadas en exceso a computar desde la fecha de cada pago periódico y hasta el momento de su efectiva devolución por parte de la Caja. Frente a esta resolución interpuso la demandada el presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Alega el apelante, en primer lugar, la existencia de una litispendencia impropia o prejudicialidad civil reiterando las alegaciones efectuadas en primera instancia y citando diversas resoluciones sobre la prejudicialidad invocada. Esta cuestión ha sido abordada por esta AP, entre otras, en la sentencia de 17 de



diciembre de 2.014 de la Sec. 4ª, en la que fue parte la hoy apelante; pues bien, en esta resolución se declara: " Según dispone el artículo 43 de la LEC , concurre la prejudicialidad cuando para la resolución de un litigio sea necesario decidir acerca de alguna de las cuestiones que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso que se halle en tramitación, bien ante el mismo juzgado, o bien ante distinto tribunal civil y no sea posible su acumulación. Esa circunstancia no concurre en el caso de autos, pues si bien es cierto que ante el Juzgado de lo Mercantil número once de Madrid se halla en tramitación el proceso al que hemos hecho referencia en el fundamento de derecho precedente, no es menos cierto que ello no impide a los aquí demandantes plantear el presente procedimiento, al amparo del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas, Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre (RCL 2.007,2164 y RCL 2.008,372). Nos hallamos ante acciones diferentes, sustentadas en distinta normativa jurídica y con un alcance distinto, pues en tanto que lo que se está tramitando en el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, tiene carácter general implicando, de acogerse la demanda, la expulsión de dicha cláusula de los contratos de préstamo hipotecario que conciertan las entidades crediticias allí demandadas, el pronunciamiento que se dicte en el proceso que ahora examinamos afecta en exclusiva a los aquí demandantes. Así mismo, y como razona la juzgadora de instancia, de acogerse la acción de cesación allí articulada sería un dato más a valorar en el supuesto enjuiciado. Ahora bien, de ser rechazada no condicionaría el resultado de este proceso, pues el mismo viene supeditado a las particulares circunstancias concurrentes en la contratación del supuesto enjuiciado y en especial en dilucidar si los demandantes conocieron y consintieron la inclusión de esa cláusula en el contrato y ello siendo conscientes de su mecánica operativa y de las consecuencias económicas que implicaba en el desarrollo de ese contrato ".

En igual sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 23 de mayo de 2.014 declara: " Alega la apelante, CajaSur, la existencia de prejudicialidad civil por la estimación de una acción colectiva en el Juzgado Mercantil de Córdoba, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de 21 de mayo de 2.013 (AC 2.013,2243), donde en definitiva, pese a no incorporar la recurrente tal resolución, hemos podido comprobar, al ser pública, que se declaraba la nulidad de la cláusula contenida en los préstamos celebrados por la citada entidad demandada, con el siguiente contenido:

"Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3 % nominal anual ni superar el 12 % nominal anual. Si al cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultan unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos".

En este procedimiento, donde se ejercita una acción individual, se pide la declaración de nulidad de una estipulación similar, como resulta de la transcripción del fallo reflejado en el antecedente de hecho primero, añadiendo la petición de restitución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de dicha estipulación.

Descartada la existencia de litispendencia, también por las partes, al no concurrir la triple identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes, destacando que el consumidor que ejercita la acción individual no se ha personado en el procedimiento colectivo antes mencionado y que del fallo de la demanda colectiva, no se infiere de modo claro los efectos o extensión de la sentencia a terceros no litigantes, en los términos fijados por la STS de 17 de junio de 2.010 (RJ 2.010,5407); debemos analizar a continuación sí la indudable importancia de la resolución de aquel procedimiento (donde se ha entablado acción colectiva, cuyos efectos no se ha acreditado que se extiendan al actor), en relación a los posteriores, donde se tramitan acciones individuales contra la misma entidad demandada instando la nulidad de estipulaciones de contenido similar, es suficiente para la apreciación de prejudicialidad civil, con la importante consecuencia de suspender el curso del procedimiento entablado por el consumidor individual, aguardando a la decisión sobre la acción colectiva.

La STS de 13 octubre de 2.010 (RJ 2.010,7451), al perfilar el criterio de la jurisprudencia, respecto de la prejudicialidad civil, subraya que lo operativo es la sujeción que, por razones de lógica y conexión legal, determina una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, "de tal alcance que vinculan el resultado del segundo al primero ( sentencias de 19 de abril (RJ 2.005, 3244 ) y 20 de diciembre de 2.005 (RJ 2.005,10150)). Se trata de la llamada litispendencia impropia o prejudicialidad civil, que se produce, como ha dicho la sentencia de 22 de marzo de 2.006 (RJ 2.006,2315), cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro ( SSTS 20 de noviembre de 2.000 ( RJ 2.000,9237), 31 de mayo ( RJ 2.005, 5031), 1 de junio (RJ 2.005,6384 ) y 20 de diciembre de 2.005 ) aún cuando no concurren todas las identidades que exigía el artículo 1.252 del Código Civil (LEG 1.889, 27)".

La llamada "litispendencia impropia" o "prejudicialidad civil", que hoy reconoce el artículo 43 LEC (RCL 2.000,34, 962 y RCL 2.001, 892) de 2.000, por tanto se produce, como ha dicho la STS de 22 de marzo de 2.006 (RJ 2.006 , 2315) y 13 de octubre de 2.010 (RJ 2.010,7451), cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro. Esencialmente debe examinarse la sujeción que, por razones de lógica y conexión legal, determina una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, de tal alcance que vincula el resultado del segundo al primero ( SSTS 19 de abril (RJ 2.005, 3244 ) y 20 de diciembre de 2.005 (RJ 2.005,10150)). Hay prejudicialidad civil cuando la resolución



que pueda recaer en el proceso anterior es preclusiva respecto del posterior ( SSTS 9 de marzo de 2.000 ( RJ 2.000,1348), 12 de noviembre de 2.001 ( RJ 2.001,9480), 22 de mayo de 2.003 ) o, como decía la STS de 4 de marzo de 2.002 (RJ 2.002,2658), siempre que la acción que se ejercite en el juicio preexistente constituya base necesaria para la reclamación en el segundo como cuestión prejudicial. La STS de 22 de junio de 1.987 ha apreciado prejudicialidad civil cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo pleito. Concorre esta prejudicialidad cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior y así lo recoge la sentencia de 14 de noviembre de 1.998 (RJ 1.998,8169), al expresar, que: "La excepción de litispendencia trata de evitar que sobre una misma controversia, sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de establecer resoluciones judiciales que resulten contradictorias. Así cabe apreciar esta litispendencia cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos que no puedan concurrir en armonía decisoria, al resultar interdependientes ( S.T.S. 17-5-1.975 (RJ 1.975 , 2186), 22-6-1.987 ( RJ 1.987, 4545), 25-11-1.993 ( RJ 1.993,9135), 27-10-1.995 (RJ 1.995,8350 ) y 23-3-1.996 (RJ 1.996,2236)". En términos similares se expresa la STS de 1 de marzo de 2.007 (RJ 2.007,1624), cuando indica que la prejudicialidad civil, tiene lugar "cuando un pleito interfiere o prejuzgue el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios que no pueden concurrir en armonía decisoria al resultar interdependientes".

Por tanto es necesario, para la apreciación de prejudicialidad, en definitiva, que exista un proceso que prejuzgue el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios que no puedan concurrir en armonía decisoria al resultar interdependientes, sin que baste en consecuencia con la búsqueda de soluciones idénticas para casos que presentan similitudes, aunque resulten evidentes.

La acción individual y colectiva no son iguales, y ello se refleja con claridad en el Auto del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2.013 , resolviendo el incidente de nulidad planteado frente a la sentencia del mismo Tribunal de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013,3088), donde destaca el diferente control realizado en uno y otro caso, ya que mientras para la acción colectiva se lleva a cabo un control abstracto de validez, en consideración de lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa; en la acción individual el examen parte de las circunstancias concurrentes del caso concreto, partiendo de la posición individual del consumidor accionante.

No hay por tanto interferencia entre la acción colectiva mencionada en el recurso, cuyos efectos no se ha acreditado que se extiendan al actor, y la acción individual ejercitada por éste, del mismo modo que no hay posible injerencia ni prejuzga la sentencia que resuelve la acción individual ejercitada por un consumidor y la ejercitada por otro, aunque ambas se dirijan contra una misma entidad bancaria y atacando la misma cláusula. Existe distinta óptica de enjuiciamiento entre las acciones individuales y colectivas, y en la individual deben valorarse las concretas circunstancias concurrentes, ajenas al examen abstracto de la acción colectiva. Por tanto no existe el concreto riesgo de sentencias contradictorias, que no pueden concurrir en armonía decisoria al resultar interdependientes que trata de prevenir el artículo 43 de la LEC (RCL 2.000, 34, 962 y RCL 2.001,1892). Como destaca el Auto de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de marzo de 2.014 (JUR 2.014,116992), aquí "los intereses en juego en cada una de las acciones es distinto, tal y como hemos señalado, y tanto más cuando, como es el caso, no consta ni que los demandantes formen parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el otro proceso ni tan siquiera que hayan sido llamados a ese proceso lo que, en todo caso, no puede constituirse ni en una obligación ni una carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva".

Por tanto, y en razón de lo expuesto, debemos rechazar la existencia de la prejudicialidad civil, invocada por la entidad apelante.

**TERCERO.-** El segundo motivo del recurso se refiere a la consideración del suelo como parte del precio y las consecuencias que de ello derivan para su control y análisis, así como se invoca la errónea valoración de la prueba practicada: información facilitada y efectiva negociación de la cláusula suelo en litigio, no habiendo existido imposición.

En este motivo del recurso se remite la parte recurrente a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , no discutiendo la parte recurrente, según señala en el escrito de interposición, que el suelo, como así lo ha entendido la sentencia de primera instancia, es un elemento del contrato que forma parte del precio. Señala la apelante que los actores fueron informados y conocían de primera mano la incidencia y trascendencia de la cláusula suelo, habiéndoseles entregado la oferta vinculante con carácter previo a la firma, como se deja constancia en la propia escritura notarial, siendo una cláusula que como el TS reconoce no es ilícita, señalando el recurrente que no limita los derechos de los consumidores, quienes fueron informados puntualmente, no habiéndoseles sido impuesta. A este respecto se ha de señalar que como declara la sentencia citada de la AP de Granada: " En relación con la problemática de fondo suscitada en este litigio, en torno a la estipulación que nos ocupa, denominada habitualmente cláusula suelo, indudablemente en el enjuiciamiento de la cuestión,



debemos tomar en cuenta el relevante posicionamiento jurisprudencial derivado de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , que según doctrina de este mismo órgano, por ser una decisión plenaria, supone la existencia de jurisprudencia, que complementa el ordenamiento jurídico ( artículo 1.6 del C. Civil (LEG 1.889, 27)) y vincula, por lo tanto, a los demás tribunales.

Reproduciendo la apelante el debate de la instancia, analizando en primer lugar la consideración de la estipulación cuya nulidad se pretende como condición general de la contratación, a tenor del artículo 1 de la LCGC (RCL .998, 960), debemos recordar que ello supone que nos enfrentemos ante cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos), cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata, por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud, al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa).

En este caso no hay discusión alguna sobre el carácter contractual de la estipulación que nos ocupa, y realmente no existe tampoco debate sobre su prerredacción por la entidad financiera.

Existe, una regla específica sobre la carga de la prueba (artículo 82.2, párrafo segundo, del TRLGDCU (RCL 2.007, 2164 y RCL 2.008,372)), en el ámbito de la contratación con consumidores, sin que se cuestione que tal cualidad la tenga en este litigio el actor, de modo que cuando se pretenda sostener que determinada cláusula inserta entre el condicionado general habría sido objeto de negociación individual será el predisponente el que debe demostrarlo. La Sala 1ª del TS, en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013,3088), tras precisar que el artículo 82.2 del TRLGDCU no es de directa aplicación en acciones colectivas (sin estar en el caso ya que aquí litiga un consumidor concreto), señala, sin embargo, que la demostración de que se trata de cláusulas prerredactadas por el empresario para ser incluidas en contratos con consumidores, es suficiente para asignarles la consideración de destinadas a ser impuestas, debiendo el empresario demostrar lo contrario.

La suscripción de otros contratos donde no figure la condición debatida o se prevean alternativas con otra redacción, no resulta suficiente para que podamos considerar que la condición general del préstamo hipotecario que nos ocupa en este proceso hubiese sido objeto de negociación individual, aparte de que resulta remota la posibilidad de que una cláusula, que no hay duda que estaba prerredactada, hubiese podido ser objeto de aquella. Como señala la Sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013,3088) de 2.013 , no puede equiparse a negociación el simple hecho de que se tenga la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; como tampoco la posibilidad, siquiera teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

Es más, a propósito de la denominada cláusula suelo (de limitación del tipo de interés variable), la jurisprudencia ( sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013,3088)) ha señalado, que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar o debe renunciar a hacerlo.

La recurrente no cuestiona la valoración del Juzgador de instancia, atribuyéndole su redacción unilateral. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC (LEG 1.889,27), como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC (RCL 1.998,960), que establece que "Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo ".

Por otra parte, resulta innegable, sin que realmente se cuestione por la apelante, que la cláusula que nos ocupa, incorporada a la escritura por minuta facilitada por la entidad acreedora, está destinada a una pluralidad de contratos, como por otra parte pone de manifiesto su gran similitud con cláusula prácticamente idéntica de la propia CajaSur, examinada al inicio.

En definitiva la estipulación examinada es una condición general de la contratación, contractual, predispuesta, previamente redactada antes de negociar el contrato, destinada a servir para una pluralidad de contrataciones e impuesta por el predisponente al consumidor adherente.



La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013,3088), ha zanjado también una importante controversia en este litigio, al señalar nuestro Alto Tribunal que las cláusulas suelo, en la medida en que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, deben entenderse referidas al objeto principal del contrato, ya que cumplen una función definitoria esencial.

Sin embargo, como también establece la tan repetida posición jurisprudencial, ello no obsta a su consideración como condición general de contratación, pues ésta puede referirse al objeto principal del contrato. El problema estribará, entonces, en el grado de control que la ley articula en tal caso, donde están en juego, por un lado, los intereses del empresario, al amparo del principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado ( artículo 38 de la CE (RCL 1.978,2836)), y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios ( artículo 51 de la CE (RCL 1.978,2836) ". Y se concluye al respecto en este extremo: " El Tribunal Supremo señala, en su sentencia de Pleno de 13 de mayo de 2.013 , que las cláusulas suelo son en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría. Corresponde a la libre iniciativa empresarial el fijar el interés al que presta el dinero y el diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. El cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suelo con una barrera superior. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo.

Por tanto, tiene razón la apelante en cuanto a la consideración de la condición general examinada como esencial, y a la no autorización judicial en tal caso de control de equilibrio, en los términos en que se lleva a cabo en la sentencia recurrida (" No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo..." ( STS 13 de mayo de 2.013 )".

**CUARTO.-** Sobre el resto de las cuestiones planteadas se ha pronunciado este Tribunal en la sentencia de 30 de abril de 2.015 , en un supuesto análogo al presente y en el que era parte demandada quien lo es en este proceso; pues bien, en la citada sentencia se declaraba: " Debe pasar a examinarse el motivo del recurso en el que se niega la falta de transparencia en la referida cláusula. Sobre este extremo se pronunció la Sentencia de la sec. 4ª de esta AP de fecha 29 de septiembre de 2.014 en una cláusula análoga a la controvertida y tras valorar la prueba practicada consistente en documental y en el testimonio de un empleado de la oficina bancaria se declaró: "Concurren en el caso todos y cada uno de los presupuestos, incluso acentuados, que llevaron al Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 9 de mayo de 2.013 a declarar la nulidad de esta clase de cláusulas. Así, se crea una apariencia de un contrato de préstamo a interés variable cuando en la realidad las oscilaciones a la baja quedan limitadas, en perjuicio del consumidor, circunstancia que queda enmascarada... por aparecer situada entre una abrumadora cantidad de datos y no destacarse en modo alguno,... No se realizaron -o no consta que se efectuaran- simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. No se acreditó tampoco que se advirtiera de modo claro y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Y, en fin, no cabe considerar probado por lo ya dicho (documental contradictoria, testifical insuficiente) que la entidad financiera hubiera informado al consumidor para que este pudiera conocer con sencillez tanto la carga económica que para él suponía la celebración del contrato como su carga jurídica, y ello, tal y como exige dicha sentencia, de modo tal que aquél esté "en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa", y "prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste". Ausencia de prueba cuyas negativas consecuencias ha de soportar la entidad bancaria, que era a quien incumbía su demostración "

En el presente caso, además de la escritura, se aportó una oferta vinculante que no aparece firmada por ninguno de los litigantes y que los actores niegan haber recibido, no obstante lo que se consigna en la escritura notarial. Habiendo manifestado el actor Don Edemiro que no se negoció ninguna cláusula y lo único que le quedó claro al demandante era el importe del préstamo, que el mismo era a interés variable y que el plazo de amortización era de 20 años, así como el importe de la cuota. Cuando se le exhibió el documento núm. 4 de la contestación a la demanda, que es la oferta vinculante en la que no aparece firma alguna, manifiesta que a él no le dieron ese documento así como que el Notario les leyó la escritura sin más, no haciéndoles advertencias específicas, que nadie les explicó la cláusula suelo ni sabía si la contenía su escritura, siendo únicamente cuando empezaron a oír hablar de esa cláusula hace dos años en los medios de comunicación cuando acudieron a un abogado. En cuanto a la codemandante Doña Encarna manifestó que ella sólo fue a la Notaría no al Banco, habiéndole manifestado su marido cuál era el importe del préstamo que era a interés variable y cuál la cuota hipotecaria, no habiendo recibido ni firmado ningún escrito y que si bien el Notario leyó la escritura no hizo hincapié en ninguna cláusula, nunca se le facilitó ningún borrador, percatándose del tema de la cláusula suelo cuando oyó hablar de la misma en los medios de comunicación y observar que



ellos pagaban siempre la misma cuota hipotecaria a pesar de que la hipoteca era a interés variable, razón por la que le llevaron la escritura a un letrado, efectuándole al Banco posteriormente las reclamaciones que constan en autos. A lo anteriormente expuesto ha de añadirse que al acto del juicio no compareció ningún empleado bancario, que no consta que se les efectuara a los prestatarios simulacros sobre el funcionamiento de la cláusula suelo, ni sobre ningún otro extremo.

A este respecto se estima que es clarificadora la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2.014; en la misma el Alto Tribunal declaró: " De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el fondo el ámbito del derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2.013 ( TJCE 2.013,46), C-427(sic)/11 y de 14 de marzo de 2.013 (TJCE 2.013,89), C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2.014 (RJ 2.014,3880) (núm. 86/2.014 [RJ 2.014,3880]). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2.014 (TJCE 2.014,105), C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1.993,1071) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación del motivo planteado. En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si, conforme a la naturaleza y caracterización que se ha realizado del control de transparencia, el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido, atendido el marco de la contratación realizado, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.



Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013, 3088)".

En razón a lo expuesto procede confirmar la declaración de nulidad de la cláusula suelo que se establece en la recurrida y sin que a ello obste el que en la demanda se manifieste que se tuvo conocimiento de la existencia de la cláusula cuando se leyó la escritura por parte de la Sra. Notario, puesto que ello lo que pone de manifiesto es que los consumidores no tuvieron una información precontractual adecuada. Y a este respecto señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de abril de 2.014 : " Si bien ha de suponerse que el Notario hizo lectura de la escritura, ni consta en la misma advertencia acerca de dicha cláusula ni la intervención notarial en el otorgamiento de la escritura pública suple la falta de negociación individual, siendo un hecho notorio que las escrituras de préstamos se redactan conforme a las minutas que facilitan las entidades de crédito, y, en este caso, el certificado de concesión es el que sirvió de base a tal redacción, al ser enviado a la notaría como declaró la Directora. Por tanto, no podemos ni siquiera afirmar que se hubiera superado este primer nivel de inclusión, no obstante, y aunque así fuera, el cumplimiento de la normativa sectorial bancaria no puede impedir el control de transparencia o abusividad a la luz de la LCGC y TRLCU ".

**CUARTO.-** En cuanto al tema de la retroactividad, esta Sala había declarado en la sentencia de 30 de abril de 2.013 : " Recurre asimismo la parte apelante el pronunciamiento de la recurrida que acuerda la retroactividad condenando a la Caja Rural a la devolución de las cantidades cobradas en el pasado por la aplicación de la cláusula suelo. Sostiene la apelante que con ello se vulnera la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 respecto de la irretroactividad de la devolución de cantidades, habiendo señalado el Alto Tribunal que la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad ha de ser limitada en casos como el presente, exponiendo seguidamente las razones que se contienen en la fundamentación de la tantas veces citada sentencia, citando al respecto diversas resoluciones de Tribunales en la que no se declara la retroactividad de la nulidad" . A los precedentes alegaciones se opone la parte apelada que cita al respecto una sentencia de esta Sala de 1 de julio de 2.014 y añade que el Orden Público económico no es fuente de derecho ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, no debiendo olvidar que estamos ante una acción individual de un matrimonio frente a la Caja Rural, con la que tienen suscrito un préstamo hipotecario para la construcción de una vivienda habitual, en orden a obtener la nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en el mismo y que se le devuelva el dinero indebidamente cobrado por la aplicación de aquella, por todo lo anterior no existe en este caso causa alguna que justifique la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.303 del CC .

La cuestión planteada en el recurso ha sido objeto de controversia en el ámbito de los Tribunales partiendo de la sentencia tantas veces citada del TS de 9 de mayo de 2.013 , y así esta Sala en la sentencia de 28 de marzo de 2.014 declaró: "Por el contrario, como todo en dicha resolución, el aspecto relativo a la retroactividad se aborda con dogmatismo y vocación de sentar criterio superando el caso concreto, y así es que afronta el debate sobre la retroactividad desde la doctrina más uniforme y tradicional relativa al art. 1.303 CC , para luego, considerando la especificidad de la situación que crean las cláusulas cuya incorporación se declara ilícita, matizar los efectos de la norma, también en cuanto a este aspecto, desde una perspectiva más generalista que estrictamente particular del caso; es decir, a juicio de este tribunal, la declaración de irretroactividad se da con propósito de crear un precedente vinculante por su autoridad.



*Y si esto es así, lo siguiente será decidir si en el caso aquí enjuiciado concurren razones serias para apartarse del precedente.*

*En lo que aquí interesa, estas razones pueden ser dos, la falta de identidad o bien, también, que el propio precedente entre en contradicción con doctrina jurisprudencial dada en distinto sentido, en cuyo caso aquél pierde fuerza de autoridad como referente unívoco de solución al caso.*

*Eso sí, lo que en ningún caso procede ni puede ser es entrar en el debate sobre el acierto o no de los argumentos de la tan referida sentencia, lo que puede tener sentido y justificación en el ámbito doctrinal, pero no fuera de él, en que el precedente se sigue o no se sigue en un caso u otro por razones justificadas y de peso (pues tampoco es que baste la cita del precedente para justificar la resolución sino concurre, además, un juicio de identidad que explique el apoyo en aquél).*

*El alegato del recurrido sobre que no se cumplió por el demandado con las exigencias de la Orden Ministerial de 5-5-94 (RCL 1.994,1322) por omisión del folleto informativo y de la oferta vinculante, así como la falta de su advertencia por el Notario, como que tampoco se da la posibilidad de un riesgo de trastorno del orden económico si se estima su demanda, se incardina en ese primer aspecto de debate de la falta de identidad; sin embargo, no se advierte su peso a los fines de establecer la divergencia entre un caso y otro, porque la sentencia del Alto Tribunal, al respecto de la citada Orden Ministerial, se limita a indicar que "no consta" que no se haya observado, sin afirmar, por el contrario y tajantemente, que así fue, pero sobre todo es que al analizar en el FJ 9 las condiciones generales en sectores regulados con referencia expresa de la citada O.M., declara que no es óbice para que sea de aplicación la LCGC (RCL 1.998,960) y, además y sobre todo, que la relevancia de la tan dicha Orden se hace a los efectos del control de transparencia o incorporación (FJ 11) y al fin de decidir sobre su exclusión del contrato, de forma que su mención como premisa para considerar la irretroactividad de la declaración de nulidad se sitúa como accesorio en relación a las demás y, en cuanto al trastorno grave del orden público, es obvio que no puede interpretarse esa premisa desde la individualidad del caso propio de cada adherente y el nominal a su favor que resultaría de la aplicación de la retroactividad absoluta del art. 1.303 del CC, pues tal declaración se hace en la sentencia del Alto Tribunal desde la relativa abstracción que conlleva el enjuiciamiento de una acción de cesación y su proyección a todo contrato con cláusula idéntica a las que son objeto de examen.*

*Queda pues por decidir si la fuerza de autoridad del precedente se resiente porque se enfrente a otro resuelto de distinta forma, y es que al respecto, a juicio de esta Sala, hay que valorar que al tratar de la nulidad y sus efectos retroactivos empieza por reconocer la regla general de la retroactividad absoluta con cita de su sentencia de 13-3-12 y de otra del TJUE para, después, entrar a valorar la posibilidad de limitar sus efectos con cita, de nuevo, de su sentencia del 13-3-12 y de la del TJUE así como de otras del TC y de regulación diversa, culminando por declarar la irretroactividad en razón de diversas y variadas premisas que toma en consideración, de forma que la propia resolución analizada introduce en el debate el precedente y la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la declaración de retroactividad que dispone el art. 1.303 CC.*

*La doctrina jurisprudencial, en armonía con la doctrina, siempre ha declarado el efecto retroactivo absoluto de la declaración de nulidad ( art. 1.303 CC ) como efecto propio y ex lege, no necesitado de petición expresa ( STS 22-11-05 [RJ 2.005, 10198]), y así lo declara la sentencia de 13-3-12 en la que la analizada se apoya cuando dice que se trata de un resultado natural de la propia nulidad como consecuencia de haber quedado sin validez el título de atribución que dio lugar al desplazamiento patrimonial.*

*Ciertamente, esa misma sentencia advierte que la restitución no opera con automatismo, desgajada del caso concreto, pues de lo que se trata es de evitar el enriquecimiento injusto, y se refiere al supuesto de las obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva en que, durante la vigencia del contrato, no hubo desequilibrio económico, y como ejemplo cita la sentencia de 29-2-09.*

*Esta última sentencia trata de un caso de abanderamiento (suministro de carburante en exclusiva) y lo mismo hace la de 15- 1-10 y en ambas no se declaró la retroacción de la nulidad porque el desarrollo continuado de la relación hasta su declaración de nulidad había reportado ventajas y consecuencias económicas positivas a ambos contratantes y lo mismo concluye la sentencia de 13-3-12 (RJ 2.012,4527) relativa a la abusividad de una cláusula en el contexto de un contrato de suministro de canales y servicios digitales por satélite.*

*Este planteamiento está en línea con la consideración por la doctrina científica mayoritaria de la retroacción de la nulidad como un supuesto de *condictio indebiti*, dirigida a restablecer el equilibrio patrimonial provocado por un negocio afectado de nulidad, evitando el enriquecimiento injusto (en este sentido 24-2-92).*

*La doctrina ha advertido que el tenor del art. 1.303 CC (LEG 1.889, 27) parece pensado para el supuesto de contratos bilaterales de prestación única y que ambas partes hayan cumplido, planteando dificultades su acomodación a otros supuestos como prestaciones de tracto sucesivo o continuas o como cuando la restitución sea imposible (*ad exemplum*, prestación de servicios continuados o el supuesto de un contrato de arrendamiento*



de cosa, en que el interés de la propiedad no se satisface con sólo la restitución de la cosa de la que el arrendatario disfrutó hasta entonces) y, a su socaire, la posibilidad de que la declaración de nulidad produjese efectos sólo hacia el futuro, pero, al fin, domina la idea de la aplicación general del art. 1.303, debidamente complementado por el art. 1.307 del CC, para introducir efectos correctores en aquellas situaciones más dudosas, en cuanto regula el supuesto de imposibilidad de la restitución introduciendo el criterio de la obligación de valor y de todo lo cual se extrae la idea ya apuntada, cual es la vigencia de la regla de la retroactividad, siquiera su alcance efectivo y en el caso vendrá determinada por el propósito y fin de que no se produzca el enriquecimiento injusto de una de las partes contratantes en detrimento de la otra.

En el caso, en principio y prima facie, no se aprecia en qué modo no se habría enriquecido injustamente el recurrente con la aplicación de la cláusula suelo y por qué entonces habría razón para limitar la regla de la retroacción.

La sentencia de 9-5-13, después de advertir que la retroacción no puede ni debe aplicarse al margen del caso, analiza éste y establece las premisas por las que debe entenderse que no procede la declaración de retroacción.

Son once y ninguna de ellas, a juicio de este Tribunal, afronta directamente el presupuesto del enriquecimiento injusto, que es el fundamento del efecto retroactivo. Sólo mediatamente puede entenderse que guardan relación con él la declaración de intrínseca licitud de este tipo de cláusulas y que, según el IBE, la finalidad de su introducción por las entidades bancarias responde a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (los préstamos) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones (premisas B y H), pero, claro, dichas razones pueden explicar el comportamiento del predisponente, pero no en nada afectan ni tienen que ver con el enriquecimiento injusto que dentro de la relación y respecto del adherente pudieran haber generado, cuanto más que dichas premisas ignoran otros intereses económicos también a considerar, cuales son los del adherente o consumidor.

Y si esto es así, en suma, se encuentra este Tribunal en la tesitura de seguir el precedente de la sentencia de 9-5-13 o el de la propia doctrina del Tribunal que justifica la retroacción en la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto de un contrato a costa del otro, y se opta por lo segundo, en cuanto que, analizadas las circunstancias, no se aprecia ninguna que obligue a paliar los efectos absolutos de la declaración de retroacción que dispone el art. 1.303 CC (LEG 1.889,27) con carácter general y, por tanto, se desestima el recurso".

Mas en este momento nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2.015, en la que el Alto Tribunal, tras diseccionar su sentencia de 9 de mayo de 2.013 declaró respecto al trastorno grave del orden público económico, tras transcribir el parágrafo 293 de aquella sentencia, afirmó: " Pretender que en la acción individual no se produzca el meritado 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 esta 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 ". Seguidamente se consigna que la Sala atiende a una serie de argumentos de los que colige a la fecha de la sentencia la buena fe de los círculos interesados y que como tales valora, pasando seguidamente a describirlos desde la letra "d" a la letra "j", concluyendo en este extremo que: "Los anteriores argumentos a los efectos aquí enjuiciados se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe por ignorarse que la información que suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 ; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social ". De modo que la conjunción de tales elementos es lo que motivó la conclusión de la Sala contenida en el parágrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de aquella sentencia. Y finaliza: " 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 del 9 de mayo de 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. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2.013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica, fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada ". Fijándose como doctrina: " Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2.013, ratificada por la de 16 de julio de 2.014 y la del 24 de marzo de 2.015, se declare abusiva y, por ende, nula la



*denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, se procederá a la restitución al prestatario de los intereses que hubiere pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2.013 ".*

La doctrina expuesta determina el acogimiento parcial del recurso de apelación interpuesto.

**QUINTO.-** La estimación parcial de la demanda y del recurso hace innecesario entrar en el motivo del recurso relativo a las costas, no pudiendo hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias al ser la estimación de la demanda y del recurso parcial, todo ello de conformidad con los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

#### **FALLO**

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito contra la sentencia dictada en fecha diecinueve de febrero de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, se **REVOCA** en el extremo de que los efectos de la declaración de nulidad declarada se producen a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 .

Se confirma el resto de pronunciamientos de la recurrida.

No procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas de la primera instancia ni de esta alzada.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por el apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.