



Roj: **SAP O 1389/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1389**

Id Cendoj: **33044370062015100160**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **25/05/2015**

Nº de Recurso: **165/2015**

Nº de Resolución: **147/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00147/2015

RECURSO DE APELACION (LECN) 165/15

En OVIEDO, a veinticinco de mayo de dos mil quince. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidente; D. Jaime Riaza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N^o147/15

En el Rollo de apelación núm.165/15, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 873/15 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, siendo apelante **CAJA RURAL DE ASATURIAS SCC**, demandada en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Pérez-Peña del Llano y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Martínez González; y como parte apelada **DOÑA Angelica**, demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Camblor Villa y asistido/a por el/la Letrado Sr./a García Mancebo; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Oviedo dictó sentencia en fecha 27/2/2015 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por el procurador Sr. Camblor Villa, en la representación que tiene encomendada:

- 1.- Se declara la nulidad de la cláusula "suelo-techo" inserta en la cláusula o pacto TERCERO BIS en la escritura de préstamo hipotecario de 19 de octubre de 2009, cuyo contiendo literal es:"los límites de variación del tipo de interés se establecen en un máximo del 15% y un mínimo del 3%" manteniéndose vigente el resto del contrato.
- 2.- Se condena a dicha demandada a eliminar dicha cláusula o pacto del contrato de préstamo hipotecario.
- 3.- Se condena a la sociedad demandada a devolver a la actora la cantidad de 2.637,70 euros más las que se le hayan cobrado desde la fecha de presentación de la demanda y hasta la eliminación de la citada cláusula por aplicación de la misma, más los intereses legales calculados desde la fecha de pago de cada vencimiento del préstamo en que se aplicó la cláusula suelo hasta la presente sentencia todo ello a determinar en ejecución de sentencia y desde la notificación de la sentencia y hasta el completo pago los previstos en el art. 576 de la LEC .
- 4.- Se condena a la demandada a recalcular y rehacer excluyendo la aplicación de la cláusula suelo el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito con la actora contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, sin aplicación de la cláusula nula.
- 5.- No se hace imposición de costas a ninguna de las partes".



SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 21/5/2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la entidad CAJA RURAL DE ASTURIAS, S.C.C., interpone recurso de apelación contra la sentencia de 27 de febrero de 2015 dictada por el juzgado de primera instancia nº 6 de Oviedo en solicitud de que se revoque el pronunciamiento de la sentencia de instancia por la que se declaraba la nulidad de la cláusula "techo-suelo" inserta en la cláusula o pacto tercero bis, de la escritura de préstamo hipotecario de 19 de octubre de 2009, del siguiente tenor literal : " Los límites de variación del tipo de interés se establecen en un máximo de 15% y un mínimo del 3%, manteniéndose vigente el resto del contrato". Y condena a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula y a devolver a la actora la cantidad de 2.637,70 euros, más las que se le hayan cobrando desde la fecha de presentación de la demanda y hasta la eliminación de la citada cláusula, más los intereses legales calculados desde la fecha de pago de cada vencimiento del préstamo en que se aplicó la cláusula suelo hasta la presente sentencia, y desde la notificación de la sentencia y hasta el completo pago los previstos en el art, 576 LEC , condenándola a recalcular y rehacer, excluyendo la aplicación de la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito por la actora, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, sin la aplicación de la cláusula nula.

Y en su lugar se dicte otra por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por Dña. Angelica ; subsidiariamente, y para el supuesto de mantener la declaración de nulidad de la cláusula suelo objeto del litigio, se revoque y suprima el apartado del fallo dictado correspondiente a la retroactividad de tal nulidad, eliminando la misma y no condenando a Caja rural a la devolución de importe alguno, así como la revocación del apartado relativo al recálculo del cuadro de amortización

Los motivos de recurso son los siguientes: errónea valoración de la prueba sobre la información verbal y escrita facilitada a la Sra. Angelica , sobre la efectiva negociación de la cláusula suelo e inexistencia de imposición; y, por último, sobre la necesaria irretroactividad de una eventual declaración de nulidad.

SEGUNDO.- A la vista de los motivos de oposición esgrimidos, la cuestión que se plantea a la decisión de la Sala no es otra que la de determinar si la cláusula suelo incluida en la cláusula tercera bis apartado 5º de la escritura de 19 de octubre de 2009 de préstamo hipotecario suscrita entre las partes, supera o no el control de transparencia exigido por el TRLGCU, dada la condición indiscutida de consumidora de la Sra. Angelica .

Para su resolución ha de partirse del carácter de cláusula general predispuesta de la citada cláusula, al no estar acreditada por la prueba de autos que la misma no esté destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contratos, ni lo que es más importante que hubiera existido una negociación individualizada y particularizada de la misma, pues aunque el Sr. Cecilio declaró en la vista que le habló de los límites y se le hizo simulaciones con el límite también, no existe otra constancia fehaciente de las realización de esas simulaciones y la explicación en términos comprensibles de lo implicaba para su préstamo el límite fijado, y aunque consta la entrega de la oferta vinculada que aparece firmada, no tiene fecha ni dicha cláusula aparece destacada y resaltada, ni fue objeto de especial consideración ni explicación, por lo que se desconoce la antelación con que se le entregó por lo que no cumpliría con el deber de información previo adicional que recoge la doctrina del TS en su sentencia de 10 de septiembre de 2014 , reiterada en la de 12 de enero de 2015 , aplicando tanto el art. 11 de la Directiva 629/93 CEE , como el art. 5 del Anexo del RD 629/93 , aplicable por la razón del momento en que se celebró el contrato, como en la doctrina contenida en la STJUE de 18 de diciembre de 2014 , en relación con la Directiva del Crédito al Consumo, que ha establecido la necesidad de que la información precontractual ha de ser facilitada con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento para que este pueda formarse adecuadamente, de forma que no se cumple este requisito cuando la citada documentación se facilita en el mismo momento de la firma del contrato.

La sentencia del TS de 8 de septiembre de 2014 , reitera idéntica doctrina en un supuesto en que había existido oferta vinculante, cuando en las mismas se hubiera seguido el mismo régimen formal de las Escrituras, sin permitir al consumidor una comprensión real de las consecuencias tanto económicas como jurídicas de la misma, cuando dice " *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 mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo". Y si se examina la oferta vinculante del presente supuesto, no puede decirse que dicha cláusula aparezca en el mismo, especialmente destacada y resaltada, ni formara parte de una negociación esencial.

TERCERO.- A partir de la consideración de cláusula predispuesta general, cobra especial relevancia en el presente caso, como también hace la apelada, la doctrina establecida al respecto por el TS en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , toda vez que aun cuando los efectos vinculantes, propios de la cosa juzgada, solo alcanzan a las cláusulas de igual naturaleza concretamente examinadas en la misma, entre las que no se encuentra la litigiosa, al no haber sido parte en tal procedimiento la entidad financiera ejecutante, ello no obstante, se parte en la misma de una doctrina con vocación de aplicación general a todas las condiciones generales predispuestas, en el sentido de que existe en nuestro derecho un doble control de transparencia, el establecido en el art. 7 de la LCGC para su incorporación al contrato de que se trate que, una vez superado como es el caso, exige efectuar un segundo, reforzado o específico, cuando de contrato concertados con consumidores se trata, control este reforzado, tomando en consideración las exigencias contenidas en el TRLGDCU, que afecta incluso a los elementos esenciales del contrato, de modo que si este segundo control de transparencia no se cumple, permite la declaración como abusiva de la condición general que establece en este caso la cláusula suelo, en aquellos supuestos en que resulte de su propio contenido que no se ha ofrecido al consumidor la información previa necesaria para que el mismo puede contratar con pleno conocimiento de causa.

En este sentido en el fundamento de derecho DECIMOTERCERO, de la citada STS de 9 de marzo de 2013 , apartado 215, se razona por el Alto Tribunal: " a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Partiendo de ese doble control reforzado el TS en el desarrollo argumental de tal fundamento de derecho Decimotercero, fija cuales son los parámetros a tener en cuenta, y así en su apartado 256 establece que la licitud de la cláusula suelo, desde el prisma de su transparencia, dependerá en cada caso de que la información facilitada, " 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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio "

Partiendo de ello las razones que llevan al TS a no considerar transparentes las cláusulas suelo, contenidas en los contratos objeto de enjuiciamiento en la precitada sentencia son, según el apartado 225 de este mismo fundamento de derecho Decimotercero, los siguientes:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato)

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.



d) *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas*

e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor .*

Ello determinó que en su parte dispositiva se declarara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos por consumidores

Apartado Séptimo de su parte dispositiva que fue objeto de aclaración por el Alto Tribunal en su auto de fecha 3 de junio de 2013, en el sentido de establecer que la sentencia " *proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores* " y de que " *El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes* "... pero no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, para apreciar la falta de transparencia y tampoco se requiere que concurren todas para que una cláusula pueda considerarse no transparente.

CUARTO.- La aplicación de los citados parámetros al supuesto enjuiciado, lleva a esta Sala a compartir el criterio del Juzgador de Primera Instancia de estimar que la cláusula suelo litigiosa, no supera ese control de transparencia exigido por la Legislación de Consumo.

Ello es así porque con independencia de que la redacción, respecto a los límites de la variación del tipo de interés a la baja es efectivamente clara y sencilla, extremo que igualmente concurriría con la mayor parte de las examinadas en la citada sentencia del TS, lo cierto es que de las pruebas de autos no puede concluirse que se proporcionara al prestatario información suficiente para permitirle identificar que la misma constituía un elemento definitorio del objeto principal del contrato, antes al contrario, éste se presentaba y ofertaba en su estipulación TERCERA BIS como un préstamo a interés variable, a partir del primer año de su vigencia concretado en la adición de un punto porcentual al tipo de interés de referencia que era el último Euribor publicado en el BOE anterior a la fecha de revisión, incluso con determinadas bonificaciones, y en lugar de incluir en la citada estipulación tercera bis a continuación en forma destacada esa limitación a la baja de los tipos de interés que la cláusula suelo suponía, ésta se recoge en cláusula independiente, situada páginas después en el apartado 5º cuando la definición del tipo de interés viene contemplado en el apartado 1º, desvinculándola por completo de aquella parte de la escritura donde la atención del prestatario es más exhaustiva, desviando su atención en relación a su importancia, pese a que de hecho con la aplicación de la cláusula suelo quedaba sin efecto el préstamo a interés variable ofertado, convirtiéndose en un préstamo a interés fijo, que en la práctica impidió al prestatario beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés. Sin que las citadas objeciones queden salvadas por las explicaciones ofrecidas por el empleado del banco que contrató la operación al decir que le explicó las condiciones y se hicieron simulaciones, pero reconoció que la explicación en este punto no fue tan detallada en relación a la cláusula suelo como para presentar el escenario de que dicho préstamo a interés variable con el suelo y la evolución del euribor de referencia se convertiría en un tipo de interés único, y sin que quede salvado por disponer del proyecto del documento en el despacho del notario pues se desconoce el tiempo real y si la prestataria era consciente de dicha posibilidad. Y, aunque manifestó que el Notario leyó la escritura reconoció al final que posiblemente solo leyera lo más importante por el elevado número de hojas, desconociéndose si dentro de esa lectura selectiva estaba incluido y destacado este extremo. Lo que dificultó la real conciencia en el prestatario, en el momento de la firma, sobre los efectos que la cláusula suelo iba a tener en su aplicación.

QUINTO.- El siguiente motivo de impugnación, subsidiario del anterior y para el caso de reputarse abusiva la citada cláusula suelo, se centra en los efectos retroactivos que la recurrida atribuye a la nulidad, al haber aplicado el criterio general del art. 1303 del Código Civil, que la recurrente considera va en contra de la doctrina que al respecto y para este concreto supuesto establece la STS de 9 de mayo de 2013 .

Se plantea con ello a la decisión de la Sala la cuestión relativa a determinar si el pronunciamiento décimo de la precitada sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo, en el que se establece esa irretroactividad ha de tener o no en el presente efectos vinculantes como doctrina jurisprudencial con vocación de generalidad, pese a tratarse de una cláusula no enjuiciada en la citada sentencia, y a la que esta no extiende por ello los efectos de la cosa juzgada.

Tal cuestión no ha sido resuelta en forma unánime por los Tribunales, de modo que existen dos posturas contrapuestas, la invocada por la recurrente, que ha seguido el pronunciamiento de la irretroactividad de la nulidad de estas cláusulas como doctrina jurisprudencial y, la aplicada en la recurrida, que no ha aceptado



esa vinculación, debido fundamentalmente a la diversa naturaleza de las acciones colectivas allí resueltas y las individuales de este otro tipo de procedimientos, además de tomar en consideración el análisis de las circunstancias que concurrían en el supuesto resuelto por aquella sentencia del Tribunal Supremo y en el concreto del procedimiento en cuestión.

Pues bien, pese a que al menos en el seno de esta Audiencia la respuesta ha sido unánime en este último sentido al que, por razones de seguridad jurídica ya se ha sumado esta Sala en su reciente sentencia núm. 39/15 de dieciséis de febrero próximo pasado, y ello con fundamento esencial en reputar que no concurrían en estos casos de ejercicio de acciones individuales las razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que justificaban, junto a la concurrencia de buena fe, en la del Alto Tribunal el abandono de ese régimen general de la retroactividad, lo cierto es que este criterio no puede ser mantenido en este momento, al haber sido dictada en fecha 25 de marzo de 2015, nueva sentencia de Pleno del TS, manteniendo no solo el criterio de la irretroactividad sino lo que es más importante, su aplicación general como doctrina legal, en todos los supuestos, incluido aquellos que como en el de autos de ejercicio de acciones individuales se trata, en que la abusividad se base en la falta de transparencia, fundada, no en la oscuridad interna de la cláusula que establezca estas cláusulas suelo, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la anterior sentencia de pleno de 9 de mayo de 2013, de ahí que al fundarse en este caso la declaración de abusividad en esta causa, esto es, en la insuficiencia de la información, por cuanto se ha razonado en el fundamento de derecho precedente, es obligado por constituir doctrina legal, el criterio de irretroactividad establecido en ambas sentencias, y que en esta última de 25 de marzo de 2015, se recoge en el apartado 4 de su parte dispositiva según la cual: "*Se fija 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".*

La aplicación general de ese criterio de la irretroactividad, se razona por el Alto Tribunal, en su fundamento de derecho noveno, apuntando que ya en la sentencia de Pleno anterior de 9 de mayo de 2013, la misma se había fundado en el principio de seguridad jurídica, en el de buena fe y en el riesgo de trastornos graves, que concurren igualmente cuando de ejercicio de acción individual se trata.

Se acoge por ello el presente motivo, limitando así los efectos de la citada declaración de abusividad al reintegro al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, reintegro que debe efectuarse y calcularse en ejecución de sentencia. Sin que por tanto resulte procedente devolución de importe alguno ni a recalcular el cuadro de amortización en relación al capital.

En este particular, y en la medida expresada, procede estimar en parte el recurso interpuesto y revocar la sentencia apelada.

SEXTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias, en virtud de lo dispuesto en los arts. 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez-Peña del Llano en nombre y representación de CAJA RURAL DE ASTURIAS, S.C.C. contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2015 por el juzgado de Primera instancia nº 6 de Oviedo en los autos de juicio ordinario nº 873/2014, y en consecuencia, manteniéndola en el resto de pronunciamientos se **REVOCA** en el sentido de limitar los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula suelo y consiguiente condena del apelante al reintegro a la actora de los intereses que hubiese pagado en aplicación de la citada cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y los procesales del art. 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia; sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ