



Roj: **SAP BU 431/2015 - ECLI:ES:APBU:2015:431**

Id Cendoj: **09059370032015100107**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **28/05/2015**

Nº de Recurso: **122/2015**

Nº de Resolución: **159/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00159/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : SEN000

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0002312

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000122 /2015

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000124 /2014

RECURRENTE : BANCO CEISS

Procurador/a : EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ

Letrado/a : FRANCISCO JAVIER QUINTANILLA FERNANDEZ

RECURRIDO/A : Ambrosio

Procurador/a : LUISA FERNANDA ESCUDERO ALONSO

Letrado/a : FERNANDO CIDAD MURILLO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA** Y **DOÑA MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 159

En Burgos a veintiocho de Mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000124 /2014, procedentes del JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000122 /2015, en los que aparece como parte demandada apelante, **BANCOCEISS**, representado por el Procurador de los tribunales,



Sr. EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ, asistido por el Letrado Sr. FRANCISCO JAVIER QUINTANILLA FERNANDEZ, y como parte demandante apelada, **don Ambrosio**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. LUISA FERNANDA ESCUDERO ALONSO, asistido por el Letrado Sr. FERNANDO CIDAD MURILLO, sobre Nulidad cláusula suelo. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: " Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Dña. Luisa Fernanda Escudero Alonso contra BANCO CEISS, representado por el Procurador de los Tribunales D. Eusebio Gutiérrez Gómez y declaro la nulidad del límite mínimo establecido para el tipo de interés variable contenido en la cláusula TERCERA BIS de la escritura pública del contrato préstamo hipotecario de fecha 24 de junio de 2005 firmada entre el demandante y Caja de Ahorros de Salamanca y Don Jon, integrando la parte del contrato no afectada por la nulidad, condenando a BANCO CEISS SA, a estar y pasar por la anterior declaración y a restituir las cantidades cobradas indebidamente, así como a abonar los intereses correspondientes desde cada fecha del indevido cobro, y se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de Banco Ceiss, se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 26-5-2015 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte demandada y apelante, Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U., se impugna la sentencia de instancia, pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime la demanda interpuesta de contrario; y de forma subsidiaria, en caso de ser estimada, no se impongan las costas a esta parte.

En principio, una cláusula suelo es válida y eficaz, dependiendo de la forma en la que se haya contratado, esto es, incorporada al contrato, y la forma concreta en que opere.

La parte apelante admite como necesario que el cliente consumidor esté perfectamente informado de la existencia de la cláusula y el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

La cláusula litigiosa establece: "Revisión y tipo de interés aplicable.- Transcurrido este período inicial, el tipo aplicable será revisado con periodicidad ANUAL hasta la cancelación del préstamo. El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo período anual adicionando un diferencial de 0,75 puntos porcentuales al índice de referencia denominado "EURIBOR ANUAL" sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 2,90 por ciento".

Pero no es la sencillez o claridad de su redacción lo determinante, si el cliente ha podido conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula litigiosa, la distribución de los riesgos derivados de la misma.

Como señala el Juez de Instancia, no se ha acreditado por la entidad demandada que se ofertaran otras modalidades de préstamo, ni se informara adecuadamente del comportamiento previsible del índice de referencia, ni se efectuaran simulaciones o comparativas con otras alternativas contractuales.

De la lectura del contrato se desprende que en los dos primeros años el interés era fijo, al 2,90, folio 33 vto.; diciéndose seguidamente que "Este tipo de interés variará por la revisión que del mismo se prevé en la cláusula Tercera-bis", es decir, se sugiere una idea de variabilidad del tipo, pasado ese plazo; revisándose anualmente, pero, la realidad es que se ha convertido un tipo variable, revisable anualmente, en fijo mínimo, precisamente, en el 2,90 por ciento.

Hay una apariencia contractual de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia y su evolución, lo ha convertido en un interés mínimo fijo, variable nada mas al alza, sin que el cliente fuera informado y conociera la realidad concreta de esta distribución de riesgos, posible según la redacción dada a la cláusula litigiosa.



Independientemente de estas consideraciones jurídicas, la parte apelante parece allanarse a la estimación de la pretensión de nulidad de la adversa -en ningún caso, la retroactividad perseguida de contrario- folio 140.

SEGUNDO.- La siguiente cuestión que se plantea es el de la retroactividad de la cláusula litigiosa declarada nula, que la sentencia de instancia estima e impugna la parte apelante.

Este tribunal ha mantenido el criterio de atribuir eficacia retroactiva plena a la declaración de nulidad, a los efectos restitutorios básicamente, conforme al art. 1.303 C. Civil .

Sin embargo, ha sobrevenido una circunstancia jurídicamente relevante, como ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de fecha 25 de marzo de 2015, nº 139/2015 , en cuya parte dispositiva, apartado 4, fija la doctrina siguiente: "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 " .

Esta Sentencia parte de la argumentación expresada en la STS de 9 de mayo de 2013 y la conclusión contenida en el párrafo 294 cuando declara la irretroactividad de la misma, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia mencionada.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de marzo de 2015 , valorando el carácter abusivo de la cláusula suelo conforme al criterio de la buena fe, considera que con carácter general las entidades bancarias obraban de buena fe al incluir este tipo de cláusulas en los contratos con sus clientes, y ello por lo siguiente:

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

"b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

"c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

"d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

"e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos- en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

"f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

Por esto, la Sentencia mencionada concluye, por su parte, que "a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 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 mayo 2013 , 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".

Apreciada la abusividad de la cláusula litigiosa, procede aplicar la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto procesal, limitando la retroactividad de los efectos restitutorios a la fecha mencionada.

TERCERO. - Al estimarse el recurso de apelación en este aspecto, no se hace especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, conforme al art. 398-2 LEC ; como tampoco las de primera instancia, al estimarse parcialmente la demanda, a tenor de lo dispuesto por el art. 394-2 LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación, y con revocación parcial de la sentencia de primera instancia, se estima parcialmente la demanda, limitándose la restitución de las cantidades, como cobradas indebidamente, a partir del día 9 de mayo de 2013; confirmándose, en todo lo demás, la sentencia recurrida, no afectada por este pronunciamiento, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ