



Roj: **SAP O 3020/2015 - ECLI:ES:APO:2015:3020**

Id Cendoj: **33024370072015100429**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **02/12/2015**

Nº de Recurso: **419/2015**

Nº de Resolución: **451/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL TERAN LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00451/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

N01250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2015 0003147

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000419 /2015

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000300 /2015

Recurrente: CAJA RURAL DE GIJON, COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: FRANCISCO JOSE GONZALEZ CUESTA

Recurrido: Nicolas , Isabel

Procurador: MARIA MERCEDES MARQUEZ CABAL, MARIA MERCEDES MARQUEZ CABAL

Abogado: BEATRIZ DE LUIS GARCIA, BEATRIZ DE LUIS GARCIA

S E N T E N C I A nº 451/15

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA

MAGISTRADOS: D. JOSE MANUEL TERÁN LOPEZ

D. PABLO MARTINEZ HOMBRE GUILLÉN

Gijón, dos de diciembre de dos mil quince

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000300/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000419/2015, en los que aparece como parte Apelante, CAJA RURAL DE GIJON, COOPERATIVA DE CREDITO, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Juan Ramón Suárez García, asistido por el Letrado D. Francisco José González



Cuesta, y como parte apelada, Nicolas , Isabel , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. María Mercedes Márquez Cabal, asistido por la Letrada D^a Beatriz De Luis García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, se dictó sentencia con fecha 15 de junio de 2015 , en el Procedimiento ordinario nº 300/15, del que dimana el presente RECURSO DE APELACION (LECN) 0000419/2015, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Mercedes Márquez Cabal, en nombre y representación de D. Nicolas y D^a Isabel , contra la entidad Caja Rural De Gijón, representada por el Procurador de los tribunales D. Juan Ramón Suárez García, debo declarar y declaro la nulidad de la estipulación tercera, bis, párrafo octavo, folio Q.E. 9753996, que literalmente establece como " no obstante lo anterior, el tipo de interés a aplicar en cada período nunca será inferior al 3,95 % por ciento ni superior al 12%", contenida en escritura otorgada con fecha de trece de noviembre de dos mil ocho, ante el Notario de Gijón, D. José Clemente Vázquez López, con el número 1222 de su protocolo.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, se condena a las partes a la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos, y el precio con sus intereses, desde la fecha en que se aplicó la cláusula suelo, es decir, desde el día treinta y uno de mayo de dos mil nueve, dejando sin eficacia jurídica todo aquello que se ha realizado durante su vigencia, de manera que las partes vuelvan a estar en la misma situación personal y patrimonial en que se encontraban el día treinta y uno de mayo de dos mil nueve, que es el momento inmediatamente anterior al efecto invalidador; todo lo cual se determinará y liquidará en período de ejecución de sentencia, conforme a los trámites previstos en la Ley procesal.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la expresada sentencia a las partes, por la representación procesal de Caja Rural de Gijón, Cooperativa de Crédito, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación el cual admitido, seguido por todos sus trámites, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso, se formó el correspondiente Rollo de Sala al nº 419/15, y personadas las partes en legal forma, señalándose para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo el pasado 10 de noviembre.

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

Vistos, siendo Ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. JOSE MANUEL TERÁN LOPEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la precedente instancia, estima la demanda interpuesta por D. Nicolas y D^a. Isabel frente a la entidad Caja Rural de Gijón, Cooperativa de Crédito, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo-techo contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y condenando a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la referida cláusula.

Por la representación de la entidad Caja Rural de Gijón, Cooperativa de Crédito, se formula el presente recurso, por considerar que la Sentencia de instancia incurre en error en la valoración de la prueba practicada; interpretación incorrecta de las normas sustantivas y doctrina jurisprudencial aplicable al caso concreto en relación a la incorporación considerando que se cumplen los requisitos de los arts. 5 y 7 de la CGC; en cuanto a la transparencia de la misma que se han cumplido todos los requisitos de la STS de 9 de mayo de 2013 y Auto de aclaración; en cuanto al control de contenido del art. 8 de la LCGC no puede considerarse dicha cláusula como abusiva; incongruencia extra petita; que la Sentencia no analiza la previsión para el caso de no aceptación del tipo de interés alegado en la contestación a la demanda; y por último, que la hipotética declaración de nulidad no puede afectar a los pagos ya realizados o subsidiariamente que los efectos de la restitución no se extiendan a los pagos realizados antes de la fecha de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.-

SEGUNDO.- Debemos analizar con carácter previo, que la representación de D. Nicolas y D^a. Isabel plantean vía impugnación la procedencia de suspender las presentes actuaciones hasta que el TJUE se pronuncie, como consecuencia del planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales, sobre la vulneración del derecho comunitario de las declaraciones contenidas en las sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, por su contradicción con la Directiva.

Esta Sala, como ya señaló en sus Sentencias de 8 , 26 , 27 y 30 de octubre de 2015 para idéntica pretensión, " no se suma a este planteamiento ni acoge dicha causa de suspensión, porque entiende que ya ha sido rechazada por



la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo al resolver sobre las consecuencias de la nulidad, una vez declaradas determinadas cláusulas como abusivas. En efecto la sentencia cita en su apoyo tanto la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 para defender la irretroactividad de la misma, a saber, la defensa de los principios de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves y además analiza el artículo 1303 del CC desde la interpretación de los principios generales de nuestro ordenamiento, entre los que se encuentra el de seguridad jurídica que es conforme con la interpretación del ordenamiento comunitario. Por otra parte debemos indicar que no son las consecuencias que ha de tener la nulidad declarada conforme a la Directiva 93/13, una cuestión revisable por el TJUE, sino el resultado de la aplicación del derecho interno, competencia de los órganos judiciales nacionales. Así, sentencia TJUE 14 de marzo de 2013 declara que: "procede recordar de inmediato que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE), basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia , **sólo el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional** . Entendemos que el problema que plantea el recurrente se halla en este último caso, El TS se limita a interpretar la eficacia del artículo 1303 del CC y da una respuesta que se comparta o no, pertenece a la libertad de interpretación del ordenamiento interno y no al ámbito de aplicación de la Directiva, (artículos 3 y 6) por lo que la petición de que se suspendan las actuaciones se rechaza "-.

TERCERO.- Entando ya en el recurso formulado por la representación de la entidad Caja Rural de Gijón, Cooperativa de Crédito, por razones sistemáticas, comenzaremos por analizar la denunciada incongruencia extra petita de la Sentencia de instancia, por entender la recurrente que no se ejercitaba por el demandante acción de nulidad basada en falta de consentimiento o ausencia en los requisitos de incorporación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), sino únicamente una acción principal de nulidad de la cláusula suelo por abusiva por falta de transparencia conforme a la doctrina fijada por la STS de 9 de mayo de 2013 y una accesoria de reclamación de cantidades que se entiende indebidamente abonadas.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que el principio de congruencia consagrado en el artículo 218.1 de la LEC implica la necesaria concordancia entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en juicio y la parte dispositiva de la sentencia que ha de decidir las. Este principio ha de conectarse con el principio dispositivo y también con el de justicia rogada (arts 19 y 216 de la LEC) imperante en la jurisdicción civil, en virtud del cual los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes (STS de 23 de marzo de 2009), siendo por tanto los particulares litigantes quienes deciden como hacer valer sus derechos e intereses, tanto desde el punto de vista de la interposición de la demanda como en lo que se refiere a la defensa del demandado frente a las pretensiones planteadas de contrario. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2009 recordando que " *En consecuencia, la incongruencia, en la modalidad extra petita (fuera de lo pedido), solo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir...fuera de lo que permite el principio iura novit curia (el tribunal conoce el Derecho), el cual autoriza al tribunal para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones* ".

Ciertamente, como señala la entidad recurrente, en la demanda se solicita la nulidad de la cláusula suelo-techo por considerarla abusiva por falta de transparencia, pero también por incontestada (arts. 1261 y siguientes del Código Civil) y no cabe apreciar la referida incongruencia extra petita en lo relativo al análisis del control de incorporación que realiza la Sentencia de instancia por las siguientes razones, por el indicado principio iura novit curia, porque dentro del doble control debe analizarse en primer término el control de incorporación, así la STS de 9 de mayo de 2013 señala que " *admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con **consumidores*** " y en último termino, por la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, tal como previene en los contratos celebrados con **consumidores**, así lo establecen los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE y en el art. 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, en su actual redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y ha tenido su plasmación jurisprudencial, tanto en la resoluciones del TJUE, de 27 de junio de 2000 , asuntos C-240 a 244/98, caso Océano Grupo Editorial, 4 de junio de 2009 , asunto C-243/08 , caso Pannon , 14 de junio de 2012 asunto C-618/10 , caso Banesto y 30 de mayo de 2013 , asunto C 488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito , entre otras; y como en las STS de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 - ambas relativas a la cláusula suelo- han recogido esta jurisprudencia comunitaria y han declarado que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, declarando la nulidad de las cláusulas abusivas, lo que resulta obligado para todos los tribunales.-

CUARTO.- Se señala en el recurso la existencia de una errónea valoración de la prueba, tanto de la testifical como documental, si bien debe entenderse que dicho motivo va unido al resto de motivos impugnatorios,



relacionados con la alegada interpretación incorrecta de las normas sustantivas y doctrina jurisprudencial aplicable al caso concreto relativa tanto al control de incorporación, como al de transparencia y a lo que denomina la parte control de contenido.

Se sostiene en el recurso que la posible falta de consentimiento de los prestatarios contratantes, que señala la Sentencia de instancia, resulta endeble ante la intervención del Notario ante quien libremente las partes prestaron su consentimiento.

Como ya hemos indicado en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2015 la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario, no conlleva que pueda subsanarse la falta de transparencia de la cláusula suelo, así señalábamos en esta resolución que la STS de Pleno de 8 de septiembre de 2014 señala que " *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*". Asimismo la STS de Pleno de 24 de marzo de 2015 precisa en relación a la intervención del notario que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, así como que el art. art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los " *límites a la variación del tipo de interés*", establece que " *e n particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes*", mientras que como ya declaro la STS de 9 de mayo de 2013 la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo no es el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado. Y termina señalando que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura que no parece que sea el momento más adecuado para que el **consumidor** revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.

Por todo ello debemos concluir que si la cuestionada cláusula no supera el control de transparencia, objeto de análisis posterior, la intervención del fedatario público en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria no subsana el que la misma pueda ser considerada abusiva por no superar dicho control.-

QUINTO.- A continuación se señala en el recurso que la cláusula analizada es un elemento conformador de las condiciones esenciales del contrato y que cumple todos los requisitos señalados en los arts. 5 y 7 de la LCGC, por lo que superaría el control de incorporación en contra de lo razonado en la Sentencia de instancia.

La STS de 29 de abril de 2015 establece, siguiendo la línea marcada por la STS de 9 de mayo de 2013, que la cláusula suelo tiene el carácter de condición general de la contratación y regula un elemento esencial del contrato y no queda excluida por ello de la normativa sobre cláusulas abusivas.

Como hicimos en nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2015, debemos precisar que el control de inclusión de las condiciones generales de contratación (también denominado doble control de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013) debe cumplir con las normas de incorporación y de transparencia propiamente dicha. Tal como ha precisado tanto la jurisprudencia del TJUE como las Sentencias de Tribunal Supremo deben diferenciarse ambos aspectos. Así la STS de 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión, así señala que " *admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con **consumidores***".

La Sentencia de instancia invierte el orden lógico del examen de dichos controles, ya que primero entra a analizar el control de transparencia para a continuación entrar a valorar que la cláusula no supera el control de incorporación.

Por lo que se refiere al control de incorporación la LCGC, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual.



Así respecto de lo que es el control de incorporación ya la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que el control de incorporación, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, señalando que " *la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas*", y así se precisa en la STS de 25 de febrero de 2015 que " *no basta que se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC)* " y la STS de 29 de abril de 2015 reitera que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical. En este mismo sentido se pronuncian las STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, afirma que " *la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical* " (párrafo 71) y reitera la STJUE de 23 de abril de 2015 , no basta con que " *la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el **consumidor** en el plano gramatical*".

En el presente supuesto, la referida cláusula, en contra de lo que sustenta la Sentencia de instancia, superaría el control de incorporación por estar redactada en términos claros y es comprensible en un plano formal y gramatical, y debemos recordar además que la demanda se sustentaba no en la indebida incorporación sino en la falta de transparencia de la cláusula por falta de información.-

SEXTO.- Asimismo se señala por la entidad Caja Rural de Gijón, Cooperativa de Crédito que la cuestionada cláusula supera también el control de transparencia, por la información y explicaciones verbales suministradas por la directora de la sucursal y que nadie puede verse obligado a firmar un documento sin derecho a conocer su contenido, así como que la STS de 9 de mayo de 2013 solo afecta a las tres entidades demandadas en dicho procedimiento.

El control de transparencia debe entenderse en el sentido de que el **consumidor** pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula suelo le supondrá; tal como señala la citada STS de 25 de febrero de 2015 " *no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio* " o como señala la STS de 29 de abril de 2015 es preciso que dichas condiciones " *sean transparentes, en el sentido de que el **consumidor** pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá* " y por tanto, concluyen ambas Sentencias " *estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el **consumidor** en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación* ". En el ámbito de la Unión Europea la citada STJUE de abril de 2014 señala " *que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un **consumidor** pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*" y las STJUE 26 de febrero y 23 de abril de 2015 " *que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el **consumidor** de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él*"

Y en este punto debe señalarse que la cláusula analizada no supera el control de transparencia en cuanto al grado de conocimiento del cliente sobre la incorporación de dicha cláusula y las consecuencias jurídicas y económicas que conllevan su aceptación, existe una falta absoluta de prueba imputable a la apelante del conocimiento que los apelados pudieran tener de la incorporación de la cláusula suelo y de las consecuencias que conlleva su aceptación, resultando insuficientes los documentos obrantes en autos, puesto que únicamente consta la escritura pública de préstamo hipotecario, en cuya estipulación Tercera-Bis denominada " *Tipo de interés variable* " en la que, entre otros datos, se contiene cual el tipo de interés de referencia, el diferencial a aplicar, su calculo semestral, la no aceptación del nuevo tipo por el prestatario, el tipo de interés de referencia sustitutivo, se inserta " *No obstante lo anterior el tipo de interés a aplicar en cada periodo nunca será inferior al **3,95%** ni superior al **12,00%***" y en el que únicamente aparece destacado en negrita los porcentajes, lo que dificulta su clara percepción por los prestatarios y en definitiva contraviene el carácter variable del tipo de interés que enumera el encabezamiento de la cláusula, y de la testifical practicada, valorada conforme a las reglas de la sana crítica, tampoco puede entenderse acreditado que se explicase claramente



a los prestatarios ni que el funcionamiento de dicha cláusula alteraba claramente el funcionamiento de un préstamo a interés variable y mas importante aun las consecuencias de la aplicación de la misma en caso de descenso del tipo de interés de referencia en relación al mínimo fijado, ni mucho menos que se hicieran simulaciones de los posibles escenarios en caso de variaciones de dicho tipo.-

SEPTIMO.- Por otro lado, se señala en el recurso que la cláusula en cuanto a su contenido, no puede considerarse abusiva por no ser contraria a la buena fe y no causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones del **consumidor**.

Tampoco puede estimarse dicho extremo puesto que respecto al contenido, ciertamente no puede examinarse la abusividad del contenido de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato por el desequilibrio entre las contraprestaciones, así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sus STS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013; y en el ámbito del TJUE las Sentencias de 30 de abril de 2014 y 26 de febrero de 2015, declaran que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Ahora bien estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que como hemos dicho con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el **consumidor** en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación, (STS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015) la que la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del **consumidor**, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados

En definitiva, como esta Sala ha señalado en otras resoluciones, la cláusula analizada, no puede considerarse transparente, siguiendo las pautas marcadas por la STS de 9 de mayo de 2013, ya que:

- falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**, y
- en definitiva, supone la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, lo que constituye uno de los supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concorra ningún otro de los requisitos citados anteriormente (tal como señala el ATS de 3 de junio de 2013).-

OCTAVO.- Se señala que la Sentencia de instancia no ha analizado la previsión contenida en la citada estipulación Tercera- Bis para el caso de no aceptación del tipo de interés, a la que podían haber acudido los prestatarios en el momento de aplicarse la cláusula suelo.

Ciertamente la Sentencia de instancia no hace referencia al contenido de dicha estipulación, si bien debe tenerse en cuenta que la misma hace referencia a la no aceptación del calculo de nuevo tipo de interés aplicable semestralmente, puesto que la misma se refiere a cuando el préstamo actúa realmente con interés variable, no para la aplicación de limitación de tipos de interés que se señala posteriormente, por lo que no puede compartirse dicho argumento impugnatorio.-

NOVENO.- El último motivo del recurso viene referido a la condena de restitución de la cantidad que se dice indebidamente abonada a la apelada, que la sentencia sitúa desde el inicio de la aplicación de la cláusula controvertida, al atribuir efecto retroactivo a la declaración de nulidad de la misma.

No pueden compartirse los argumentos vertidos por la representación de D. Nicolas y D^a. Isabel, en relación a que la cláusula no supera el control de incorporación, no puede estimarse ya que, como se señalaba en el fundamento jurídico anterior, la cláusula suelo supera el control de incorporación, dado la que es clara y comprensible y lo que no supera, es el control de transparencia.

El recuso se acoge en este punto, en cumplimiento del criterio acogido por esta Sala ya en otras resoluciones (así, por citar algunas, las sentencias de 23 y 24 de abril, 15 de mayo y 18 de septiembre de 2015) tras el dictado de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, en donde se establece la siguiente doctrina: " 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, RCA. 1217/2014 y la de 24 de marzo de 2015, RCA. 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 ". El Tribunal Supremo establece que la doctrina declarada en torno a la irretroactividad de los efectos de la nulidad en la sentencia de 9 de mayo de 2013 también es aplicable a las acciones individuales en las que se solicite la devolución de las cantidades que resultarían improcedentes sin la cláusula anulada, argumentando que no resulta trascendente a tales efectos la distinta naturaleza de la acción, dado que el conflicto jurídico es el mismo y la afectación al orden público económico no nace de la cantidad 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. Sin embargo, el Tribunal Supremo matiza su doctrina, en el sentido de que al momento del dictado de aquella primera sentencia apreciaba la buena fe de los círculos interesados, por las razones allí expuestas, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada la citada sentencia. Pero a partir de dicho momento, el dictado de la Sentencia por el Tribunal Supremo " *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 párrafo 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* ".

Como consecuencia de ello la condena de la apelada se limita a la de las cantidades indebidamente cobradas por ella en aplicación de la cláusula declarada nula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que en el supuesto de autos no hay razón alguna para no seguir el citado criterio. La razón de la nulidad no es la falta de incorporación propiamente, sino nulidad por cuanto en su incorporación no se cumplen las exigencias de transparencia.-

DECIMO.- La estimación parcial del recurso, y dado que ello supone una parcial acogida de la demanda, no procede hacer declaración de las costas de primera instancia (artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil), ni sobre las de la alzada (artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil)..-

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad CAJA RURAL DE GIJÓN, COOPERATIVA DE CRÉDITO, contra la sentencia de fecha 15 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Gijón en autos de Procedimiento Ordinario nº 300/2015 y en consecuencia, *se revoca en parte* la misma en el único sentido de condenar a la demandada a la devolución de las cantidades que hubiere percibido con aplicación de la cláusula de suelo declarada nula desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, con exclusión de las anteriores, a determinar en ejecución de sentencia, todo ello sin expresa declaración en cuanto al pago de las costas de ambas instancias.

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