



Roj: **SAP O 1736/2016 - ECLI: ES:APO:2016:1736**

Id Cendoj: **33044370042016100209**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **09/06/2016**

Nº de Recurso: **239/2016**

Nº de Resolución: **211/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00211/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 239/16

NÚMERO 211

En OVIEDO, a nueve de junio de dos mil dieciséis, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de apelación número 239/16 , en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 526/15, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Avilés, promovido por **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** , demandado en primera instancia, contra **DON Javier** , demandante en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Tuero Aller.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Avilés se ha dictado sentencia de fecha 16 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Avello, en nombre y representación de DON Javier , sobre reclamación de cantidad, frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Suárez García,

DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a abonar al demandante, la cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS, (2.279,72€), más los intereses legales devengados de dichas cantidades.

Cada parte abonará las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día siete de junio de dos mil dieciséis.-

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de primer grado acogió sólo en parte la demanda interpuesta por D. Javier y condenó a la demandada, Banco Popular Español, a restituir la suma percibida en virtud de la aplicación de una cláusula



de limitación de tipos de interés, o cláusula suelo, que consideró nula, limitando los efectos de la nulidad a la fecha de la publicación de la sentencia del T.S. de 9 de mayo de 2013 . D. Javier se aquietó con dicha decisión al no plantear recurso ni impugnación, razón por la cual no puede esta Sala entrar en el análisis de las consideraciones que efectúa al contestar al recurso sobre si es correcto o no fijar esa fecha para los efectos de la nulidad y si contraviene o no el art. 1303 C.C . Una cosa es que el tribunal deba actuar de oficio en tutela de los consumidores y otra, muy distinta, que pueda intervenir en contra de las decisiones que hayan adoptado durante el proceso con la debida asistencia letrada, en este caso, por razones que se desconocen, conformándose con la resolución de primera instancia.

SEGUNDO.- El único recurrente, Banco Popular, plantea en primer término que en la demanda no se solicitó expresamente que se declarase la nulidad de la cláusula en cuestión. Esta cuestión ya fue analizada correctamente en la sentencia de primer grado. Es cierto que en el suplico del escrito inicial no se hace mención a esa nulidad, pero la demanda debe ser analizada y enjuiciada como un todo, y lo cierto es que en ella claramente se indica que la cantidad que interesa que sea restituida es consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo (hecho Cuarto y fundamento de Derecho Quinto), lo que obliga a examinar, en una interpretación integradora, acorde con la acción realmente ejercitada y como antecedente necesario de la misma, la validez o nulidad de ese concreto pacto, con observancia plena del principio de congruencia previsto en el art. 218 LEC .

TERCERO.- También comparte esta Sala las consideraciones de la juzgadora de instancia acerca de la condición de consumidor del demandante, cuestionada nuevamente en el escrito de recurso. Que éste hubiera accedido a la categoría de autónomo cuatro años después de haber suscrito el contrato de préstamo hipotecario, que es lo que se desprende del documento nº1 acompañado a la contestación, no permite llegar a otra conclusión. Los propios empleados del Banco declararon en juicio que el préstamo iba destinado, al menos en parte, a cancelar otro préstamo anterior , del que no existe constancia que hubiera sido destinado a una actividad comercial o empresarial. Es más, en la propia escritura de préstamo, cláusula octava, se indica: "Destino. El importe de este préstamo será destinado a reformar vivienda". Es claro, a la vista de esas pruebas, que concurre la condición de consumidor, según el concepto establecido en el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , que entiende por tales a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional. Nada ha acreditado el Banco, por el contrario, acerca de que la finalidad perseguida por el prestatario fuera distinta de la reflejada en la escritura, y era la entidad crediticia quien debería probarlo, tanto por disponer de mayor facilidad probatoria, por la documentación que hubiera recabado para conceder el préstamo, como por apartarse su tesis de lo que se indica en el propio contrato de préstamo (art. 217 LEC).

CUARTO.- El último de los motivos del recurso se dirige a cuestionar que se esté ante una condición general de la contratación y a afirmar que la cláusula suelo es válida. Este tema fue analizado ya con rigor y profundidad en la sentencia de primer grado, recogiendo la doctrina jurisprudencial, ya consolidada, expresiva del doble control a realizar en este tipo de cláusulas cuando se trata de consumidores, el de inclusión o transparencia propiamente dicho, y el de comprensión. Baste por ello con dar por reproducidos aquí dichos razonamientos, a los que debe añadirse, con carácter ya decisivo, que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 se pronunció sobre esta misma cláusula con relación a la misma entidad bancaria para declarar su nulidad. Y como quiera que las condiciones allí analizadas son las mismas que las aquí enjuiciadas (cláusula ubicada entre una abrumadora cantidad de datos -tras 14 páginas sólo dedicadas a los intereses del préstamo- entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor; mínimo de significativa cuantía -4,5€, el mismo que el analizado en dicha sentencia- que convierte en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés; tratamiento impropio pese a su relevancia) habrá de aplicarse la doctrina allí establecida, sin necesidad de reiterar nuevamente aquí los diversos argumentos en los que se sustenta que, como se dice, son plasmación de una doctrina uniforme, clara y contundente, iniciada en la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013 .

Únicamente cabe destacar un dato que revela aún en mayor medida la postura desleal del Banco recurrente, cual es el que la cláusula, estableciendo un tope mínimo tan elevado, se pactó en un préstamo que lleva fecha de 26 de septiembre de 2008, coincidente con el inicio de la crisis económica que condujo al inmediato desplome de los tipos de interés (vid. folios 51 y siguientes de los autos), muy por debajo del que se fijaba como suelo en el contrato. Y nada puede tenerse por probado acerca de que los empleados del Banco hubieran alertado al cliente de esta circunstancia o informado acerca de la previsible evolución de los tipos de interés ni de los demás factores que permitieran conocer el alcance económico y jurídico de la cláusula litigiosa, pues aunque dichos empleados, traídos como testigos, dijeron que sí habían explicado todo, tales declaraciones se contradicen con la ausencia de toda documental que corrobore esas afirmaciones (oferta vinculante, test de conveniencia, folleto informativo), por lo que esas manifestaciones, realizadas siete años después de concertado el contrato, por personas vinculadas por razones de dependencia laboral e interesadas en el resultado del litigio en tanto reconocieron haber intervenido en la operación, no merecen mayor credibilidad.



QUINTO.- Lo hasta aquí expuesto ha de traducirse en la desestimación del recurso, con imposición al apelante de las costas aquí causadas por aplicación del art. 398 LEC .

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Aviles en fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciséis , en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 526/15, confirmando dicha resolución con expresa imposición al apelante de las costas procesales del recurso.

Dese al depósito constituido para recurrir el destino legal.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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