



Roj: **SAP O 341/2017 - ECLI: ES:APO:2017:341**

Id Cendoj: **33044370042017100032**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **09/02/2017**

Nº de Recurso: **517/2015**

Nº de Resolución: **44/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00044/2017

N10250

C/COMANDANTE CABALLERO N 3-3

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

PBD

N.I.G. 33037 41 1 2014 0001454

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000517 /2015

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MIERES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000428 /2014

Recurrente: CAJA RURAL DE ASTURIAS S.C.C.

Procurador: MARIA PAZ LOPEZ ALVAREZ

Abogado: IÑIGO MARTINEZ GONZALEZ

Recurrido: Darío

Procurador: MANUEL GARROTE BARBON

Abogado: ANTONIO PINEDA GARCIA

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 517/15

NÚMERO 44

En OVIEDO, a nueve de febrero de dos mil diecisiete, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y Doña María Paloma Martínez Cimadevilla, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación **número 517/15**, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 428/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Mieres, promovido por **CAJA RURAL DE ASTURIAS S.C.C.**, demandado en primera instancia, contra **DON Darío**, 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 nº2 de Mieres se ha dictado sentencia de fecha 31 de julio de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador Sr. Garrote Barbón, en nombre y representación de Don Darío , contra "Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito":

1.- DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por ser abusiva de la cláusula incluida en el contrato de Compraventa con Subrogación de Hipoteca, suscrito en fecha 3 de febrero de 2005 entre las partes que establece: "Los límites de variación del tipo de interés se establecen en máximo 15% y mínimo 3%".

2.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha condición general, del contrato de préstamo hipotecario formalizado entre la Caja Rural de Asturias y Don Darío , el día 3 de febrero de 2005, ante el Notario del Ilustre Colegio de Oviedo, Don Carlos García Melón.

3.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la Caja Rural de Asturias, a devolver al actor la cantidad cobrada de más a la fecha de presentación de la demanda por aplicación de la cláusula suelo, con los intereses legales desde la fecha de cobro.

4.- Asimismo SE CONDENA a Caja Rural de Asturias a reintegrar al actor las cantidades que este pague durante la sustanciación del presente procedimiento en virtud de la cláusula declarada nula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del procedimiento.

5.- SE CONDENA a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable concertado con el actor, que regirán en lo sucesivo.

6.- Líbrese mandamiento para su remisión al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, al objeto de que proceda a la inscripción de la sentencia, de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

Con imposición a la demandada de las costas causadas en el presente procedimiento".

Que por el mismo Juzgado se ha dictado Auto de fecha 2 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "-El apartado 3 del Fallo que establece: "DEBO CONDENAR Y CONDENO a la Caja Rural de Asturias, a devolver al actor la cantidad cobrada de más a la fecha de la presentación de la demanda por aplicación de la cláusula suelo, con los intereses legales desde la fecha de cobro", deberá decir: "DEBO CONDENAR Y CONDENO a la Caja Rural de Asturias, a devolver al actor la cantidad cobrada de más desde la inclusión de la cláusula suelo el 3 de febrero de 2005 hasta la presentación de la demanda por aplicación de la misma, con los intereses legales desde la fecha de cobro".-

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 veintiséis de enero de dos mil dieciséis.-

TERCERO.- Que por esta Sala se ha dictado Auto de fecha veintiséis de enero de 2016 suspendiendo el plazo para dictar sentencia en el presente recurso en tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciase sobre la cuestión prejudicial recogida en los antecedentes segundo y tercero de dicho Auto, alzándose dicha suspensión por providencia de esta Sala de fecha 16 de enero de 2017, señalándose nueva deliberación para el día 7 de febrero de 2017.-

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia que declaró la nulidad por abusiva de una cláusula limitativa de los tipos de interés o cláusula suelo, inserta en un contrato de préstamo hipotecario, la entidad prestamista, Caja Rural de Asturias, interpuso el presente recurso de apelación para cuestionar esa declaración de nulidad, la condena a la restitución de la totalidad de las cantidades cobradas en aplicación de la misma, la de rehacer el cuadro de amortización del préstamo, la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la condena al pago de las costas.-

SEGUNDO.- Ninguno de estos motivos puede prosperar. Respecto del primero, habrán de darse aquí por reproducidos los correctos razonamientos que se recogen en los fundamentos segundo y tercero de la sentencia apelada, en los que se cita la normativa y jurisprudencia aplicable al caso y se analiza con acierto la prueba practicada en este proceso.

Es cierto que la cláusula litigiosa es clara en su redacción y además, aparece convenientemente destacada en el apartado de intereses. Pero no puede desconocerse, por un lado, el patente desequilibrio que en perjuicio



del consumidor comportaba el establecimiento de unos límites claramente descompensados si se confronta el mínimo (un 3%) y el máximo (un 15%) que se fijaban allí, pues mientras el primero era previsible que fuera de aplicación inmediata, y de hecho lo fue al año siguiente al descender por debajo de esa cifra el euribor más el diferencial convenido, el segundo, o sea el techo pactado, que era el que podría beneficiar al cliente, era entonces utópico, totalmente alejado de la realidad, como así continuó siendo tras los más de once años transcurridos desde entonces. Y, por otro, debe destacarse que la cláusula se pactó en una escritura de subrogación en un préstamo anterior, cuyas condiciones también se plasmaban en la misma escritura y en el que no se había pactado cláusula suelo alguna, de tal suerte que al introducirse ahora por vez primera, el deber de información del Banco, ya exigible de ordinario, se acentuaba en este caso a fin de alertar al consumidor de la presencia de esa cláusula, cuyo desequilibrio ya ha quedado evidenciado.

En esta línea ha de resaltarse que el Banco no observó, o, al menos no lo acreditó, el deber de información que le incumbe a fin de asegurar que el consumidor tuviera un conocimiento previo y razonable del alcance jurídico y económico de ese pacto, tal y como viene exigiendo la jurisprudencia desde la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013 a fin de que pueda concederse validez a esta clase de cláusulas. La entidad apelante no aportó al proceso documento alguno donde se explicara claramente al cliente que existían esos límites y cómo se traducían en la práctica, cual fuera el comportamiento previsible de los tipos de interés o cuales fueran los posibles escenarios que pudieran darse en el futuro.

La única prueba que llevó a cabo fue la declaración testifical de quien era entonces empleado suyo, a la que pretende conceder especial relieve por encontrarse ahora en situación de jubilado y, por tanto, sin vinculación con la propia entidad bancaria. Sin embargo, no cabe omitir el dato de que fue ese mismo empleado quien intervino como apoderado, representando a la apelante, en esa escritura de préstamo y, por tanto, se trata de una persona directamente interesada en defender la corrección de su actuación en el desarrollo del contrato de préstamo hipotecario. En cualquier caso, su declaración ofrece más dudas que certezas. De la misma parece desprenderse que las explicaciones se las dio a un supuesto asesor, del que reconoció desconocer quien era y del que nada se sabe, aunque lo vinculó a una empresa del padre del demandante. Dijo también que con quien había negociado era con el padre, para luego añadir que también con el resto de la familia, y por último manifestar que había sido el notario quien había explicado el contenido del clausulado de la escritura. Esta falta de precisión en el desarrollo de los acontecimientos, si bien lógico dado el largo tiempo transcurrido, impide tener por acreditado que llevó a cabo ese deber de información sobre el alcance y funcionamiento de la cláusula litigiosa, en la forma previa y comprensible que viene exigiendo una ya reiterada jurisprudencia. Máxime cuando, como se ha visto, no se aporta documento alguno que avale sus afirmaciones, que sería lógico que se hubiera confeccionado para plasmar esas condiciones de ser cierto que hubiera mediado tal negociación e información previa, que fue rotundamente negada por el demandante.

El argumento de la recurrente acerca de que era imprevisible la evolución a la baja de los tipos de interés a corto plazo, además de que se alega ahora por vez primera y se contradice con la tesis que exponía en la contestación a la demanda acerca de que el demandante conoció desde el primer momento la cláusula litigiosa por serle aplicada en los años siguientes, carece de todo apoyo dado que quedó acreditado que ya al año siguiente de suscribirse el préstamo hubo de aplicarse el mínimo establecido al haberse producido un acusado descenso del euribor.

TERCERO.- Pasando así al estudio del segundo de los motivos del recurso, la decisión del presente litigio, al igual que otros en los que era objeto de controversia la extensión temporal que debía reconocerse a la declaración de nulidad de las denominadas "cláusula suelo", fue suspendida hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviese diversas cuestiones prejudiciales que habían sido planteadas por varios tribunales españoles y que tenían por objeto esta misma cuestión. Si bien esta Sala había mantenido reiteradamente que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1303 C.C. y con la imposibilidad de moderar los efectos de la nulidad de una cláusula declarada abusiva (sentencias TJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015 , entre otras), esa declaración de nulidad comportaba la restitución íntegra de las cantidades abonadas indebidamente en virtud de esa cláusula desde la celebración del contrato, el T.S. a partir de la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013 vino limitando los efectos restitutorios derivados de esa nulidad a las cantidades devengadas a partir de esa fecha.

En la reciente sentencia de 21 de diciembre de 2016 el TJUE decidió definitivamente este tema. Tras recordar que, apreciada la existencia de una cláusula abusiva lo que procede es dejarla sin aplicación para que no produzca efecto alguno, sin que quepa modificar su contenido; y que esa declaración judicial de abusividad debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, lo que comporta la total restitución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de la misma; termina concluyendo que la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo establecida por el Tribunal Supremo



a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 "equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013", lo que se traduce en una protección del consumidor "incompleta e insuficiente" que "no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el art. 7.1º de la Directiva 93/13, por lo que los "órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión".

De acuerdo con ello, y dado el carácter imperativo de la normativa de la Unión Europea en esta materia, en concreto del art. 6.1 de la citada directiva, y la fuerza vinculante que para los tribunales españoles tienen las sentencias dictadas por el TJUE, el sentido de esta resolución habrá de ajustarse a lo decidido en la sentencia indicada.

CUARTO.- Los dos siguientes motivos del recurso tienen el denominador común de no haber sido objeto de controversia en la primera instancia. A través del extenso escrito de contestación, Caja Rural no llega en ningún momento a cuestionar las peticiones que se hacían en la demanda sobre el recálculo del cuadro de amortización e inscripción de la sentencia en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que interesó la total desestimación de la demanda, pero al no argumentar nada sobre estas cuestiones parece que su rechazo obedecería a la desestimación de la petición principal. En el escrito de contestación tanto el deber de buena fe procesal (art. 247 LEC), como el de responder a las cuestiones planteadas de contrario, obliga a manifestarse sobre lo pedido en la demanda, so pena de poder tener al demandado por aquietado tácitamente con lo expuesto de contrario (art. 405 LEC). Lo que no cabe es en fase de recurso, con vulneración del ámbito de la apelación establecido en el art. 456 LEC, introducir una posición jurídica que no se había mantenido en la instancia, pues, de admitirse, comportaría la quiebra del principio de defensa plasmado en el art. 24 de la Constitución .

Deben, en consecuencia, rechazarse estos motivos del recurso sin que proceda entrar en el análisis de las concretas cuestiones que plantean.

QUINTO.- Con relación a las costas causadas en primera instancia el acogimiento íntegro de la demanda conlleva su imposición al Banco demandado, de acuerdo con el principio del vencimiento plasmado en el art. 394 LEC . Es cierto que existían dudas jurídicas acerca de la extensión temporal de la cláusula litigiosa, pero no puede desconocerse que este era solo un aspecto secundario respecto a la oposición mantenida por el Banco, tanto en el aspecto cualitativo como cuantitativo, pues en la contestación interesó la total desestimación de la demanda, rechazando la declaración de nulidad de una cláusula cuya aplicación estaba prevista para perdurar un largo periodo de tiempo, durante toda la vigencia del contrato de préstamo hipotecario; planteamiento que, además, resultaba insostenible a la vista de la ya pacífica línea seguida tanto por el T.S. como por esta Audiencia en casos similares.-

SEXTO.- Iguales razonamientos conllevan la imposición a la apelante de las costas del recurso, que se mantuvo respecto a la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia de primer grado, por aplicación de lo establecido en el art. 398 LEC .

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por **CAJA RURAL DE ASTURIAS S.C.C.**, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Mieres en fecha treinta y uno de julio de 2015, en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 428/14, confirmando dicha resolución con expresa imposición al apelante de las costas procesales del recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

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.