



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
OVIEDO**

SENTENCIA: 00120/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 139/2014

NÚMERO 120

En OVIEDO, a ocho de Mayo de dos mil catorce, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D^a. María Paz Fernández-Rivera González, Magistradas, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **139/2014**, en autos de JUICIO ORDINARIO N^o 560/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Oviedo, promovido por **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.**, demandada en primera instancia, contra **D.**

y D^a. , demandantes en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. María Paz Fernández-Rivera González.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha diez de Febrero de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gota Brey, en nombre y representación de don
y doña , frente a la entidad "Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y





Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad S.A.U.” y declaro la nulidad de las estipulaciones contractuales que establecen limitaciones a las revisiones del tipo de interés mínimo aplicable, cláusula suelo y del máximo establecido, cláusula techo, y condeno a la entidad demandada a que restituya a los demandantes las cantidades que a lo largo de la vigencia del contrato ha cobrado en virtud de las condiciones declaradas nulas.- Con imposición de las costas a la parte demandada.”.-

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 veintinueve de Abril de dos mil catorce.-

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se alza la entidad bancaria demandada frente a la resolución de instancia alegando de un lado error en la valoración de la prueba respecto a la consideración de la cláusula suelo/techo. Insiste en que la misma fue negociada individualmente siendo conocedores los demandantes del condicionado en ella contenida, habiendo seleccionado el Sr. la suscripción del préstamo en la entidad recurrente frente a otras opciones al ser un avezado experto, por su profesión de comercial, en las negociaciones sobre el precio, habiendo además instado unos días antes del otorgamiento de Escritura una “solicitud de operación de activo”. Asimismo alega, que de la prueba testifical concretamente de la empleada que como apoderada estuvo presente en la firma, doña Gemma se colige que la Escritura resultó leída y explicada por el notario que dio toda suerte de explicaciones, siendo confirmatorio de todo ello que la actora no instara demanda hasta 2013 cuando desde enero de 2010 se venía aplicando la cláusula en su vertiente suelo al 3,50% sin que la actora mostrara oposición. De otro lado considera que la condena contenida en la sentencia de restitución a los demandantes de las cantidades que a lo largo de la vigencia del contrato ha cobrado la entidad financiera en virtud de la condición declarada nula infringe la doctrina contenida en la sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013 precisamente invocada por la demandante que deniega la eficacia retroactiva y la posibilidad de obtener la devolución.

La parte apelada intereso la confirmación de la recurrida con imposición de las costas a la apelante.

SEGUNDO.- Así centrados en esta alzada los términos del debate, dos son las cuestiones que se someten a conocimiento de la sala a saber la valoración de la prueba que se hace en la sentencia de instancia a propósito de la negociación individual



y el consentimiento prestado por los demandantes y de otra la retroactividad aplicada en la sentencia.

Y comenzando por la primera, esto es la cuestión relativa a la valoración de la prueba sobre el modo de contratación que tuvo lugar respecto a la litigiosa cláusula, que sostiene fue negociada individualmente, conviene recordar, a la vista de la fecha de suscripción del préstamo, esto es 22 de diciembre de 2006, que la carga de la prueba de que una cláusula contractual no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, sino negociada de forma individual, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos de consumidores, por lo que se le exige conforme a la regla procesal conferida en el art. 82.2 del TRLCU, y en el mismo sentido el art. 3.2 de la Directiva 93/33 al banco, que acredite que la cláusula suelo/techo incluida en el préstamo hipotecario suscrito por la demandante fue conocida y aceptada libre y voluntariamente por ésta al suscribirlo. Es decir que se ha cumplido el deber de información y transparencia exigible en la fecha de suscripción (OM de 5 de mayo de 1994), para lo cual alega la recurrente que ha aportado prueba documental, concretamente "solicitud de operación de activo" y "nota de condiciones" y testifical de dos empleadas de la entidad recurrente, para sostener dicha negociación libre e individual.

Pues bien, este tribunal tras ejercer la función revisora que le es propia comparte plenamente el criterio sentado en la recurrida cuyos atinados argumentos se dan aquí por reproducidos, si bien a los efectos de abundar en lo allí dicho, de la prueba practicada lo único que resulta dable colegir es que el demandante don , -comercial de una empresa en la que sus labores no se pueden asimilar a las de un avezado experto en negocio y finanzas como pretende la demandada-, que normalmente trabajaba con la Caja Rural, contrató el préstamo hipotecario con Caja España abandonando la idea de subrogarse en la del promotor vendedor del inmueble que adquiriría que tenía con el BBVA y con la idea de obtener rápidamente el préstamo y una cuota mas barata en el primer año.

En esta tesitura la recurrente afirma que la idea de que la cláusula fue negociada individualmente se acredita tanto de la "solicitud de operación activos" de 19 de diciembre de 2006 (el préstamo se firmó el día 22) como de la "nota de condiciones", que figuran en autos en los folios 269 a 272. Ahora bien, del análisis de dichos documentos, y en concreto de la solicitud que sí está firmada por el actor Sr.

ésta no ofrece información suficiente ni sobre la existencia de esa cláusula ni sobre los efectos de la misma. Baste una lectura de todos los cajetines o casillas que se contienen en la página nº1 del documento y de la lectura de la página 2 tampoco se obtiene información alguna que haga presumir la existencia de la litigiosa cláusula y la forma o modo de aplicarla, pues ello no puede inferirse de los específicos "tramos del interés deudor" que se consignan en la referida página.

Y de la "nota de condiciones del préstamo hipotecario" en la misma no consta firma alguna de los demandantes; a lo que debe añadirse que como se ha puesto de manifiesto tampoco se ha



probado que se hubieren formulado simulaciones, pues si como dice la testigo Doña Cristina Sabina Hevia se hacían en el ordenador además de en forma verbal, fácil lo hubiera tenido la Caja para guardarlas y aportarlas a autos siendo como es la información precontractual fundamental en este tipo de contrataciones.

Pero si algo acredita claramente la falta de negociación individual de la cláusula, ello se encuentra en las declaraciones de doña , empleada de la entidad, que fue quien gestionó el préstamo, ya que a pesar de que insiste en que se le ofrecieron alternativas, lo que viene vislumbrar en su tesis, que el demandante Sr. influyó en la configuración de la misma, dicho aserto quedó desvirtuado cuando precisamente a preguntas de la juez de instancia sobre la negociación específica, en concreto, sobre el hecho de que si el prestatario quería el 100% del capital las condiciones era las que daba el banco o podía pedir otras diferentes, la citada testigo manifestó que si quería el total del capital y quería pagar el Euribor mas el 0,65 de diferencial, eran esas las condiciones que la entidad imponía, existiendo distintos préstamos hipotecarios, pero fijando las condiciones la entidad, pudiendo elegir el cliente entre unas y otras, todo lo cual lleva a sentar como así se hizo en la recurrida que el carácter impuesto de una cláusula o condición prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio en orden a la singularización del contrato. Y en este sentido no debe confundirse "imposición del contenido" con "obligar a contratar" ya que como señala la sentencia de 27 de marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Jaén *"Es el consumidor el que ponderando sus intereses en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre-razonablemente garantizada con la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección."*

Sobre la suficiente información en la Notaría que es sostenido por la otra empleada de la entidad recurrente doña , resultan ciertamente contradictorias sus declaraciones pues si bien en un momento señaló que el notario les leyó todas las advertencias y riesgos, a continuación manifestó que no leyeron los demandantes las dos escrituras delante de ella suponiendo que lo hubieran hecho una hora antes, matizando al final de su declaración a preguntas del letrado de la actora a propósito del número total de páginas de las dos escrituras, esto es, 75, y del tiempo de lectura, que ella no estuvo presente y que tampoco fue objeto de explicación la litigiosa cláusula. En definitiva ha de concluirse que la





cláusula suelo/techo no es transparente y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en tanto no se determina un reparto real de riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,5 % y un máximo del 12,5% no supone un reparto equilibrado del riesgo de ambas partes ya que a ese tipo máximo es difícil llegar, por lo que se pagará si los intereses suben y no se beneficiará de la variación a la baja, al fijarse como tipo mínimo el 3,5%, lo que supone una clara falta de reciprocidad entre las partes que aboca a la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso versa sobre la infracción que dice comete la recurrida de la doctrina contenida en la STS 9-5-2013 a propósito de la irretroactividad. Aduce para fundamentar la irretroactividad razones de interpretación del art. 8.1 en relación con los arts. 10.1 y 10.2 LCGC, así como de seguridad jurídica, insistiendo en lo correcto en la ponderación de la sanción de nulidad como así se puso de manifiesto en la STS Pleno de 11 de enero de 2007 respecto a la Donación de bienes inmuebles disimulada en escrituras públicas de compraventas que si bien confirman la exigencia de especial forma, puntualiza aquellos supuestos en que dicha causa donandi venga integrada en otros hechos esenciales particularmente el derecho de sucesiones; y la falta de competencia de las AAPP para corregir la Jurisprudencia del T.S., cuya doctrina no cabe fragmentar, interesando como tesis subsidiaria la revocación de los efectos consignados en la recurrida sobre la nulidad (fols. 474 y 475).

Ninguno de los argumentos esgrimidos son de aplicación al caso aquí enjuiciado, pues se trata de dar respuesta a una acción de nulidad que puede ejercitar cualquier afectado sometido al plazo de cuatro años, y eficacia "ex tunc", mientras que en el caso objeto de enjuiciamiento por el TS se ejercitaba acción de cesación, como recoge la Resolución de Jaén citada "sin acumular reclamación de cantidad con legitimación restringida, imprescriptible y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC".

No existen razones en este caso para no aplicar la retroactividad, sin que ello suponga contradecir la ST 9-5-2013, por cuanto que ésta como bien recoge tan citada sentencia de la A.P. de Jaén "por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos" siendo por tanto la regla general la de la Retroactividad tal y como claramente establece el art. 1303 al imponer el deber de restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato, no concurren en el caso las razones expresadas en la referida ST del Pleno, y que





justifican acoger el criterio excepcional por razones de seguridad jurídica y para evitar el enriquecimiento injusto por lo que, en aras de lo expuesto debe ser desestimado el recurso en su integridad, confirmándose la sentencia de instancia.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente, (art. 398 en relación con el 394 de la L.E.C.).

En atención a lo expuesto se dicta el siguiente:

F A L L O

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria, S.A. contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Oviedo en fecha diez de Febrero de dos mil catorce, en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 560/2013, confirmando dicha resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas procesales del recurso.

Dése 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 16^a, 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 Español de Crédito 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.

