

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00457/2016
R. 391/16

SENTENCIA NÚMERO CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE

Ilmo/s. Sr/es. Magistrado/s:

Presidente:

Juan Ignacio Medrano Sánchez

Magistrados/a:

D^a M^a Jesús De Gracia Muñoz

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate

En Zaragoza, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 4 de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 366/2015, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N^o 1 DE CALATAYUD, a los que ha correspondido el Rollo 391/2016, en los que aparece como parte apelante "INMOBILIARIA JOSE M^a MARTINEZ JIMENO 99 S.L.", representado por el Procurador D. José Manuel Blasco Pérez y asistido del Letrado D. José Ramón Elrio Carela y apelado "CAJA RURAL DE ARAGON. SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO BANTIERRA" representado por el Procurador D. Ricardo Moreno Ortega y asistido por el Letrado d. José Luis de Castro Martín, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a JESUS DE GRACIA MUÑOZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N^o 1 DE CALATAYUD, por el mismo se dictó sentencia con fecha 01 de septiembre de 2016, cuya parte

dispositiva dice: "FALLO: Que desestimo íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de INMOBILIARIA JOSE MARIA MARTINEZ JIMENO 99 S.L. frente a CAJA RURAL DE ARAGON, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO (BANTIERRA), con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en esta instancia".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal el día 27 de octubre de 2016 donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para discusión y votación el día 25 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sociedad actora otorgó el día 21-2-2007 escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria sobre un solar para construir una edificación con la finalidad principal de su alquiler.

La parte actora alegó en la demanda que en la escritura consta la cláusula tercera, sobre intereses ordinarios y que en ella se pueden diferenciar lo que denomina tres tramos o periodos del préstamo. Un primer período que establece un interés fijo del 4,30 por seis meses. A continuación, pasado ese período, un interés variable del euribor mas el 0,40 (segundo período). Tras la definición del euribor, consta que el interés calculado no seria inferior al 3,00 anual ni superior al 15,00 nominal anual (pag 15). Tras explicaciones para el caso de no publicación del euribur o en su defecto, en la pag 17, consta que una vez que se entregara a la entidad bancaria el certificado de fin de obra, el interés aplicable sería el euribor más el 0,60 en determinadas condiciones o más el 1% en caso contrario (tercer período).

Considera que la entidad bancaria no cumplió el contrato el tercer período, desde el certificado de fin de obra, el 12-6-2009, en cuanto que desde ese momento aplicó indebidamente la llamada cláusula suelo.

Por ello solicitó el cese de la aplicación de dicha cláusula hasta la amortización del préstamo, así como la devolución de la cantidad resultante de la diferencia sin la aplicación de la cláusula en relación a los arts 1.254 y ss CC.

Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia desestima la demanda.

SEGUNDO..- La parte apelante solicita en primer lugar la nulidad de la sentencia por considerar que concurre un vicio de incongruencia extra petitum (fuera de lo pedido).

La st TS de 24-10-2016 nº 625/2016, con remisión a otras indica que con carácter general, se considera que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia». Añade la resolución que para decretar si una sentencia es incongruente o no en el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que «las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador»

La acción ejercitada en la demanda es la de cumplimiento contractual en relación al art 1.258 CC, estando amparada aquella en el art 1.124 CC, precepto que ante el incumplimiento de una parte permite a la parte contraria el pedir el cumplimiento con el resarcimiento de perjuicios.

La sentencia ahora apelada concluye al finalizar el fundamento de derecho tercero que el Banco no ha incumplido el contrato porque

ha aplicado la cláusula válidamente inserta. Sin embargo, pese a lo indicado en esa resolución, la demanda no se basó en la falta de información precontractual sobre la cláusula suelo, sino en que la parte actora considera que no es aplicable tras el certificado de fin de obra, dada la redacción de la escritura.

En la audacia previa hubo conformidad en fijar como hecho controvertido si la cláusula suelo se debía aplicar a toda la vida del préstamo o solo hasta el certificado de fin de obra o hasta el momento del fin del período de carencia, de modo que en este segundo caso la entidad habría incumplido el contrato.

Por tanto, aunque la sentencia contesta a la pretensión en sentido desestimatorio, lo fue por una causa de pedir distinta a la alegada en la demanda. La consecuencia, es la decisión de la pretensión de acuerdo con la causa de pedir alegada (art 465 p 3, 4 LEC).

CUARTO.- La cuestión es si la cláusula suelo inserta en la escritura en su pag 15, tras el primer tramo del préstamo con interés variable, es aplicable también al período posterior a la entrega del certificado de fin de obra entregada.

El contenido de la cláusula suelo-techo es en sí misma de redacción clara y la cuestión se limita a la averiguación de la voluntad o intención de las partes sobre el período de tiempo en el que debe ser aplicada (art 6 p 3 LCGC, art 1.281 y ss CC). Dicha cláusula, si bien se encuentra redactada entre el llamado período segundo y tercero, se inserta en la rotulada en mayúscula con la mención de interés variable euribor, y se refiere al cálculo de ese interés variable según un sistema o forma que precedía en el párrafo anterior. La parte demandada ha venido cumpliendo su obligación de pago durante más de cinco años, y si bien efectuó reclamación sobre la cláusula fue por considerar que no se cumplió el filtro de transparencia según el TS y por su desproporción, lo que pone de manifiesto que entendía que la cláusula suelo-techo se aplicaba todas las fases del contrato, siendo un acto o comportamiento posterior, ya en fase de cumplimiento que pone de manifiesto la intención de las partes en la efectividad de la cláusula en la fase

del contrato en que se debía aplicar un interés variable. Por tanto procede mantener la desestimación de la demanda por la causa invocada en la demanda.

QUINTO..- Aunque se desestima la demanda no se efectúa expresa imposición de costas por cuanto el supuesto de hecho presenta dudas en su decisión. La estimación parcial del recurso conlleva a no efectuar expresa imposición de costas (arts 394, 398 LEC)

F A L L O:

1.- Se estima en parte el recurso de apelación formulado por el Procurador don José Manuel Blasco Pérez en nombre de Inmobiliaria José María Martínez Jimeno 99 SL contra la sentencia de fecha 1de septiembre de 2016 recaída en juicio ordinario nº 366/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Calatayud (Zaragoza) y se revoca dicha resolución en cuanto al pronunciamiento sobre costas y en su lugar no se efectúa expresa imposición.

2.- Sin expresa imposición de costas del recurso. Con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal según los arts 477 y art 469 y Disposición Final Decimosexta LEC, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo y a interponer ante esta A Provincial en el plazo de veinte días.

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

PUBLICACION.— Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la firma y leía por el Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fé.