



Roj: **SAP O 1270/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1270**

Id Cendoj: **33044370012015100122**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **397/2014**

Nº de Resolución: **123/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA núm. 123/2015**

Rollo 397.14

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

D. JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

D. GUILLERMO SACRISTAN REPRESA

D. JAVIER ANTON GUIJARRO

En Oviedo a once de Mayo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 357 /2013, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 397 /2014, en los que aparece como parte apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales D. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por el Letrado D. JUAN ANTONIO BARTHE MARCO, y como parte apelada Isaac , representado por la Procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. SUSANA DIAZ DIAZ, asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. LIBERTAD GONZALEZ BENAVIDES.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Oviedo con sede en Gijón dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 23 de Junio de 2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando sustancialmente la demanda formulada por la representación de Don Isaac , frente al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo realizar los siguientes pronunciamientos: 1º) declarar nula de pleno derecho la cláusula contenida en el Punto 3.3 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 11 de agosto de 2005; mintiéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3% fijados en aquella, manteniéndose vigente el resto del contrato. 2º) condeno a la entidad financiera demandada a eliminar dichas condiciones generales del contrato de préstamo hipotecario. 3º) condeno a la demandada a la devolución al prestatario de las cantidades cobradas hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados y las que se hayan pagado con posterioridad en aplicación de la cláusula declarada nula. 4º) Condeno a la demandada a abonar el interés del art. 576 LEC . Todo ello con expresa condena a la demandada de las costas procesales causadas".



**TERCERO.-** Notificada la anterior resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día de hoy 11 de Mayo de 2015, quedando los autos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER ANTON GUIJARRO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De lo actuado en el caso presente encontramos que con fecha 11 agosto 2005 Don Isaac firmó con la entidad "Banco Popular Español, S.A." un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el que se estableció que a partir del 11 agosto 2006 se aplicaría un interés variable con referencia al euribor más 1,25 puntos porcentuales, estableciendo asimismo la cláusula 3.3 bajo la rúbrica de "**límite a la variación del tipo de interés aplicable**" que "no obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual *mínimo* aplicable en este contrato será del **Tres Por Ciento (3%)**".

Partiendo del anterior relato el actor fáctico en la demanda presentada por Don Isaac se viene a ejercitar las acciones contenidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y en la Ley Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, solicitando la nulidad de la cláusula 3.3 así como la condena de la demandada "Banco Popular, S.A." a devolver las cantidades cobradas en exceso en aplicación de aquella cláusula. La Sentencia de fecha 23 junio 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón en el Juicio Ordinario 357/2013 acuerda declarar la nulidad de la repetida cláusula, condenando a la entidad demandada a eliminarla del contrato así como al abono de las cantidades indebidamente percibidas hasta el momento de la demanda más aquéllas que por aplicación de la cláusula declarada nula se devenguen durante la tramitación del procedimiento.

**SEGUNDO** .- Para dar respuesta al recurso de apelación formulado por la financiera "Banco Popular, S.A." habremos de partir como premisa de la doctrina sentada por la STS 9 mayo 2013 en la que se declaraba la nulidad de las llamadas cláusulas suelo, en un análisis en abstracto que resulta propio del ejercicio de las acciones colectivas, por no superar el control de transparencia, teniendo presente que nuestro Alto Tribunal, como recuerda la STS 24 marzo 2015, ya había declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución (así SSTS núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio). Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre .....

Se trata este control de transparencia del previsto en El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que « *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible* ». En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, 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. Pero, se añadía en la STJUE 241/2013, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Como señala la reciente STS 24 marzo 2015 "Simplemente se ha constatado el perjuicio que la inserción de dicha condición general, de forma no transparente, supone para el consumidor adherente cuando como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario es superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales, más altos, ofertados por entidades financieras



competidoras, que no incluían en los clausulados de sus préstamos la llamada "cláusula suelo", de un modo que no pudo ser previsto al contratar por la falta de transparencia en la inserción de la condición general en el contrato".

**TERCERO.**- El estándar de transparencia que debe ser superado por la condición general que nos ocupa para evitar su abusividad aparece definido en la STS 9 mayo 2013 en los siguientes términos: "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. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

Se trata por tanto de un control que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente en el art. 7 L.C .G. para superar el control de incorporación sino que se extiende a la exigencia de una información añadida por parte del empresario predisponente para evitar que puedan pasar desapercibidas para el consumidor aquellas cláusulas que pueden influir en la economía del contrato y que por ello mismo deben ser tomadas en consideración para impedir que la oferta del contrato en tales términos pueda provocar una distorsión del mercado al haber optado el consumidor por un determinado contrato en detrimento de otro u otros que podrían satisfacer mejor sus intereses.

Pues bien teniendo por misión el control de transparencia la proscripción de la sorpresa o el engaño entendemos que en el caso presente la cláusula objeto de enjuiciamiento que aquí nos ocupa no pudo pasar inadvertida para el demandante si tenemos presente que, aún cuando no aparece como una cláusula autónoma, sí aparece como un apartado individualizado (apartado 3.3) en el que la rúbrica se encuentra resaltada en negrita sobre el resto del contrato para advertir de que existe un "**límite a la variación del tipo de interés aplicable**", encontrando asimismo que dentro del texto de la condición general el término "*mínimo*" aparece subrayado y que se encuentra también destacado su importe del "**Tres Por Ciento (3%)**" que aparece en mayúsculas y negrita. Todo ello hace que la impresión general de la repetida cláusula aparezca revestida de los elementos gráficos suficientes para que pueda ser conocida por el consumidor y consecuentemente tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual. Tales consideraciones conducen por tanto al acogimiento del recurso y con ello a la desestimación de la demanda.

**CUARTO** .- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC y vistas las dudas que presenta la cuestión enjuiciada, no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Por todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación formulado por "Banco Popular, S.A." contra la Sentencia de fecha 23 junio 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón en el Juicio Ordinario 357/2013, debemos acordar y acordamos REVOCARLA para en su lugar declarar no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados por el demandante Don Isaac , absolviendo a la demandada "Banco Popular, S.A." de los pedimentos solicitados en su contra, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

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