



Roj: **SAP SA 246/2015 - ECLI: ES:APSA:2015:246**

Id Cendoj: **37274370012015100246**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2015**

Nº de Recurso: **117/2015**

Nº de Resolución: **139/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO GARCIA DEL POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA SENTENCIA: 00139/2015**

**SENTENCIA NÚMERO 139/15**

ILMO SR PRESIDENTE

DON ILDEFONSO GARCÍA DEL POZO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

DON EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS, STE.

En la ciudad de Salamanca a diecinueve de Mayo del año dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Ordinario Nº 494/13 del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 117/2.015**; han sido partes en este recurso: como demandantes apelados **DON Carlos Daniel Y DOÑA Rosana**, representados por la Procuradora Doña María Jesús Hernández González, bajo la dirección del Letrado Don Antonio Acosta García y; como demandado apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, representado por el Procurador Don Miguel Angel Gómez Castaño, bajo la dirección del Letrado Don Miguel Fernández Benavides.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1º.**- El día nueve de Diciembre de dos mil catorce, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 4 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Hernández González en nombre y representación de D. Carlos Daniel y Doña Rosana, contra Banco Popular Español, S.A. y en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho por abusiva de la condición general de la contratación restablecida en el Otorgan undécimo último párrafo (#Límites de Variabilidad del Tipo de Interés.- Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45 % nominal anual"), incluida en la Escritura Pública de compraventa y subrogación con novación y ampliación de préstamo hipotecario autorizada con fecha 27 de Noviembre de 2007, y Condenar a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del referido contrato, así como a devolver las cantidades que se hayan cobrado por su aplicación desde la fecha de interposición de la demanda hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, con más el interés legal que se devengue. Con condena a la demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia."

**2º.**- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, dictándose otra en la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a su mandante de cuantas peticiones se formulan en la misma, todo ello con expresa imposición de costas a los demandantes.



Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la confirmación de la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día doce de mayo de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ILDEFONSO GARCÍA DEL POZO**.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de esta ciudad se dictó sentencia, con fecha 9 de diciembre de 2014 , la cual, estimando la demanda promovida por los demandantes Don Carlos Daniel y Doña Rosana , contra la entidad demandada Banco Popular Español, S.A., declaró la nulidad de pleno derecho, por abusiva, de la condición general de la contratación, cláusula decimoprimera, sobre límite a la variación del interés variable, incluida en la escritura pública de compraventa y subrogación con novación y ampliación de préstamo hipotecario autorizada con fecha 27 de noviembre de 2007, condenando a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del referido contrato, así como a devolver las cantidades que se hayan cobrado por su aplicación desde la fecha de la interposición de la demanda, hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, con más el interés legal que se devengue; con expresa condena al pago de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandada.

Y contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad demandada Banco Popular Español, S. A., por el que, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición de tal recurso, se interesa su revocación y que se dicte otra desestimando en su integridad las pretensiones de la demanda promovida por los señalados demandantes, absolviéndola de cuantas peticiones se formulan en la misma, todo ello con imposición a estos últimos de las costas correspondientes; articulando el recurso bajo dos motivos o alegaciones intituladas: "*Infracción de los arts. 217 y 218. 2 en relación con los arts. 319 , 326 y 376 de la LEC . Error en la valoración de la prueba practicada en el presente procedimiento. Sobre el cumplimiento por mi mandante de la normativa en materia de transparencia*"; y "*De la eficacia no retroactiva de la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés. Inobservancia de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo*".

**SEGUNDO** .- Así las cosas, se van a examinar por la Sala, por su orden, las alegaciones impugnatorias de la sentencia recurrida relativas a la declaración de abusividad y nulidad de la denominada cláusula suelo, y la no retroactividad de la nulidad de la misma, las cuales, ya debe anticiparse, a la vista de su contenido, han de venir ya en este momento, y en función de la más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, desestimadas.

Y así, conforme se señaló en la sentencia de fecha 27 de marzo de 2.015 , así como en otras dictadas con posterioridad, respecto del primer motivo alegado, en síntesis, se sostiene que yerra la sentencia de instancia, con infracción de los preceptos de la LEC que se citan, por inmotivada e incongruente, al concluir, en base a las probanzas practicadas en el procedimiento, que la cláusula señalada ("cláusula suelo") declarada nula, no es clara o transparente, es decir, no supera el doble control de transparencia impuesto en la conocida STS de 9-5-2013 , cuando lo probado, fundamentalmente con el propio tenor de la escritura pública (documento amparado en el artículo 319 de la LEC ) es que a los demandantes el Banco demandado les facilitó, con la debida diligencia y buena fe, información adecuada y suficiente sobre el contenido, significado, y alcance de dicha cláusula y las consecuencias de su inclusión en la dicha escritura notarial; destacándose, además, que la cláusula litigiosa vino inserta en un apartado independiente y destacado del resto de pactos y condiciones de la escritura, y presenta una redacción sumamente clara y comprensible, bastando con leerla para entenderla, por lo que los demandantes conocieron y aceptaron de antemano sus términos con pleno conocimiento. Y, en definitiva, que, como dicha escritura goza de presunción de exactitud y veracidad, dada su condición de pública, la juzgadora "a quo" ha valorado la prueba de modo ilógico y arbitrario, distorsionando las reglas de distribución de la carga de la misma.

Entrando a dar contestación a dichos argumentos, en primer término, ha de significarse que el pacto sobre "intereses" de la escritura de 28 de diciembre de 2.006, firmada por el entonces Banco de Castilla, S.A., y los demandantes recurridos, presenta varias cláusulas, algunas de las cuales conviene reseñar; así, en la cláusula décima se consigna literalmente que: "Que no obstante lo establecido en la escritura descrita en el expositivo



II de esta escritura, de la cual la presente es complemento, por haberlo pactado así especialmente entre BANCO PASTOR S. A. y los prestatarios DON Carlos Daniel Y DOÑA Rosana , convienen las partes, con efectos desde la fecha de otorgamiento de esta escritura en modificar el tipo de interés aplicable al presente periodo de interés, el diferencial aplicable al tipo de interés básico de referencia y su bonificación para lo que rectifican y sustituyen el párrafo segundo y apartado REDUCCIÓN DEL DIFERENCIAL del punto 1 de la cláusula no financiera NOVENA de la escritura de Préstamo número 3088, por el siguiente contenido: Hasta el 30 de junio de 2008, fecha en que finaliza el actual periodo de interés para esta operación, el tipo a aplicar será el **5,20 %** , practicándose las liquidaciones con la cadencia pactada en la escritura de Préstamo nº 3088 de la que la presente es complemento. A partir del 1 de julio del año 2008 inclusive, y con iguales periodos que los pactados en la presente escritura, el tipo de interés a aplicar se regirá con arreglo a lo que se pacta a continuación y en la cláusula no financiera NOVENA de la escritura de Préstamo número 3088. El tipo de interés total, a aplicar a cada periodo de interés, se determinará mediante la adición de **1,40 puntos** porcentuales al valor que represente el tipo básico de referencia que resulte aplicable a cada periodo de interés; este diferencial permanecerá invariable durante el tiempo de vigencia del contrato, salvo que sea de aplicación cuanto se regula seguidamente..." en orden a la reducción del diferencial si los prestatarios reúnen las condiciones que se especifican"; para terminar, la cláusula decimoprimeras tiene el contenido literal siguiente: "Que, asimismo las partes convienen para esta operación y con efectos desde la fecha de otorgamiento de esta escritura en modificar el límite mínimo de variabilidad del tipo de interés a efectos obligaciones (suelo) y dejar sin efecto el límite máximo (techo) para lo que rectifican y sustituyen el epígrafe *LIMITES A LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERES APLICABLES A LOS SUBROGADOS del punto 1 de la cláusula no financiera NOVENA de la escritura de Préstamo número 3088 por lo siguiente: "LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS.- Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45 % nominal anual"*.

Pues bien, la declaración de abusividad de la cláusula suelo contenida en la estipulación decimoprimeras, alcanzada en la resolución recurrida, se estima acertada y congruente con la doctrina sentada, entre otras, en la citada STS (Pleno nº 241) de 9-5-2013 y en las posteriores de 8 de septiembre de 2.014 y de 25 de marzo de 2.015 , por cuanto que, efectivamente, se coincide con dicha resolución en que debe negarse la concurrencia de la transparencia y comprensibilidad real debidas a dicha concreta cláusula suelo, incorporada al regular los intereses ordinarios para los periodos sucesivos, etc., ex art. 80. 1, del TRLGDCYU, por información deficiente, confusa, no unívoca y bastante por parte del Banco respecto de las consecuencias de la misma, por cuanto a dicha cláusula,- que aparenta claridad en el último de sus epígrafes, no tanto en su conjunto total u omnicompreensivo-, se le superponen otras distintas y otros hechos que pasamos a mencionar y que la convierten en ciertamente confusa, dudosa y compleja.

Es por ello que deviene estéril el debate de si dicha cláusula constituye o no una condición general de contratación, sujeta a la normativa protectora de la LGCGC, o más bien forma parte de aquéllas que configuran el precio del contrato y, en consecuencia, vino negociada individualmente por los contratantes bajo el cobijo del principio de la autonomía de la voluntad, ex art. 1255 del Código Civil, pues, en uno u otro supuesto, -también en el segundo-, es indubitado que se trata de un elemento definitorio del objeto principal de un contrato celebrado entre un profesional y un usuario de banca o consumidor, y, por ello, ha de respetar, el primero, conforme al principio de la buena fe contractual, el mínimo canon de transparencia, información y claridad, que, hemos de recordar, puede, incluso, requerir de la acreditación de la verificación de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y de una información previa y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir-, o advertencia de que dado el concreto perfil de cliente que presentaba no se le ofertaban las mismas; parámetros éstos que sirven para que el consumidor no perciba la cláusula suelo como inescindible del objeto principal al contratar.

En la referida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , - la que aparece transcrita prácticamente en su integridad en la sentencia recurrida -, se establece que, aun partiendo de la licitud de las denominadas cláusulas suelo y de que la detallada regulación de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden de 5 de mayo de 1.994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación para su incorporación, ello es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente, exigencia de transparencia que incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. A tal efecto se dice en la referida sentencia que "el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato



sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo"; que "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"; que "En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa"; que "La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas"; que "Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato"; y que "De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación". Y en base a ello concluye que "En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas...".

Doctrina ésta que, en definitiva, se reiteró en la STS. de 8 de septiembre de 2.014, en la cual se afirmó lo siguiente:

**"6. Caracterización del control de transparencia.** En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TRLGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato [ STS de 26 de mayo de 2014 ( núm. 86/2014 ).

**7. Fundamento.** De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido



a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C-427(sic)/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 ( núm. 86/2014 ). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

**8. Alcance .** Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que:

*"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".*

**9.** La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación del motivo planteado. En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si, conforme a la naturaleza y caracterización que se ha realizado del control de transparencia, el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido, atendido el marco de la contratación realizado, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.

Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante.



Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013".

**TERCERO** .- En este sentido, un primer hecho negativo que incide en considerar que no supera ese control de transparencia exigible cuando está incorporado a un contrato con consumidores, como es el analizado en el presente caso, lo constituye la falta de la debida acreditación del cumplimiento de la normativa entonces y ahora también vigente en relación a la "oferta vinculante".

Este documento que, como es sabido, las entidades de crédito en general estaban y están obligadas a entregar al cliente conteniendo todas las condiciones financieras del préstamo hipotecario y con una validez no inferior a diez días hábiles a partir de su fecha de entrega, conforme a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden vigente en abril de 2006), no consta en el presente caso que le fuera entregado por la entidad bancaria a los prestatarios ahora demandantes, cuando no aparece en forma manifiesta que no tuviera obligación de verificarlo, dado que no se limitaba a subrogarse en el préstamo hipotecario concedido al promotor, sino que además se incrementaba el importe del préstamo, constituyen ello una mayor carga sobre la vivienda. Y tampoco que le fuera entregado por la entidad bancaria el folleto informativo a que se refiere el artículo 3 de la Orden de 5 de mayo de 1.994 y su Anexo I.

Es decir, no viene por el Banco recurrente demostrado que la oferta vinculante fuera conocida por los clientes con la anterioridad legal establecida, ausencia de conocimiento precedente, pre y contractualmente, que no satisface los fines que se mencionan a día de hoy en el tenor de los vigentes arts. 6 y 23. 5 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, o sea, los de facilitar (información precontractual...) al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares, la cual deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con *ladebidaantelación* en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta; y que salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

Desde estos parámetros legales, el análisis de la cláusula decimoprimera sobre el límite a la variación de tipo de interés aplicable, revela, que se mire como se mire, resulta que pudo ser el mismo día de la firma de la escritura cuando consta que los prestatarios tuvieron noticia de la mención de que el tipo de interés anual mínimo aplicable sería el del 4,45%, por lo que la debida antelación exigida legalmente no consta certeramente acreditada.

Por lo que difícilmente, un no profesional, un simple consumidor, usuario de banca, va a extraer consecuencias claras y rotundas de dichas menciones enfrentadas del mismo documento contractual, siendo así, que a la postre lo que verdaderamente impone es que el tipo de interés variable sería fijo en un mínimo del 4,45 %, quedando en manos exclusivas del Banco la determinación de la producción de dichos "efectos"; información y explicación de todo ello y atinente a estas circunstancias que debió quedar asegurada rotundamente y no incardinada en la sombra de duda y confusión a través de la confrontación de diversos pactos del mismo contrato.

Si a ello añadimos que no cabe descartar el que, en realidad, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura, exclusivamente, a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés, entrando, pues, en juego una cláusula suelo previsible para el Banco, que convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza, con desequilibrio perjudicial en su caso para el prestatario consumidor, hemos de ratificar que, efectivamente, ha quedado desdibujado el aparentemente claro significado de la cláusula discutida, en lo que toca, por su trascendencia, a la existencia de cobertura real no sólo de los riesgos que para el banco o entidad pudieran tener las oscilaciones o fluctuaciones a la baja, sino a la inversa.

En ese conjunto de clausulado y la ausencia de oferta vinculante determina que la Sala entienda que los actores como consumidores no fueron informados debidamente de que cuando el tipo de interés bajara a



determinados niveles, el préstamo se transformaba en préstamo a interés fijo variable solo al alza y no se beneficiarían de las bajadas del índice de referencia (en general el Euríbor).

Las alegaciones de la entidad recurrente, algunas de ellas genéricas (no se discute aquí que las cláusulas suelo-techo no sean legales, a tenor de la legislación y normativa que se cita, tal y como el TS ha dejado claro) no pueden prosperar, porque no son demostrativas de la errónea valoración del conjunto de la prueba al calificar la sentencia impugnada la cláusula que aquí se examina de no clara, no comprensible, compleja y no transparente; error que se dice padecido por la juzgadora a quo, el que para ser acogido ha de comportar, como reiterada jurisprudencia enseña, una apreciación ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica; es decir, que venga basada en deducciones o inferencias inverosímiles de acuerdo con dichas máximas y reglas. Y todo ello dejando aparte el hecho de si presenta o no un claro desequilibrio económico entre el tipo inicial y los tipos fijados como suelo y, además, jurídico (en derechos y obligaciones) entre los contratantes, es decir contractual, no acreditándose en su concreción, por poner un ejemplo, como ya se dijo la previa, que no sólo simultánea, concreción y presencia de la oferta vinculante, etc.

Lo aquí discutido no es la licitud de esta clase de cláusulas o disposiciones contractuales, sino más bien el hecho de que su transparencia permitió a los consumidores demandantes identificarlas como definidoras del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, y no probado el mismo, de acuerdo al art. 8.2 en relación con el art. 3. 1 de la Directiva 92/13 y con el art. 82.1 del TRLGDCYU, debe hacernos concluir el que la repetida cláusula deba reputarse abusiva y, por tanto, nula y por no puesta, ratificando en ello el pronunciamiento establecido al efecto en la sentencia recurrida, con desestimación íntegra de este primer motivo.

**CUARTO** .- En el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada se señala que no procede la aplicación retroactiva de los efectos de la declaración de nulidad de la citada cláusula primera sobre límite máximo al interés variable, pero que como se constata la existencia de un requerimiento extrajudicial verificado por los actores en fecha 11 de julio de 2012 al Banco demandado para que éste la dejara sin efecto y no la aplicara, no habiendo procedido el mismo a atenderlo obligando a los actores a presentar la demanda rectora de la presente litis, "cabe pensar" que aquella entidad incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, y en ello se fundamenta la condena a la inaplicación de dicha cláusula desde la fecha de la citada reclamación extrajudicial, con la consiguiente obligación de devolver o compensar las cantidades que tales actores hayan pagado con exceso si no se hubiese aplicado la cláusula nula desde el momento de la susodicha interposición extrajudicial, aun cuando luego en el fallo concreta los efectos de la nulidad "desde la fecha de interposición de la demanda", lo que tuvo lugar el día 13 de noviembre de 2.013.

Frente a dicho planteamiento, la recurrente considera, con apoyo en la jurisprudencia que cita, que aunque se mantenga la nulidad de dicha cláusula no procedería en ningún caso la condena a la devolución de las cantidades pagadas en su aplicación desde la fecha del requerimiento extrajudicial..., no siendo aplicable el argumento de haber incurrido en mora el Banco demandado, etc., dado que éste no fue parte en el procedimiento en que se ejercitaba una acción colectiva de cesación y que desembocó en el dictado de la meritada STS de 9-5-2013, de modo y manera que ninguna obligación o efecto jurídico cabe desprender de la misma en su contra, no habiendo, por tanto, incurrido en mora en el cumplimiento de obligación de ningún tipo, y la sentencia recurrida desconoce la tajante declaración de aquella sentencia del alto Tribunal al respecto de que la declaración de nulidad de tal clase de cláusulas no puede ser retroactiva, etc.

Como hemos señalado en la sentencia número 125/15, de 6 del corriente mes de mayo, en anteriores resoluciones de esta Sala se ha declarado que los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo tendrán efectos " *ex nunc* " desde la fecha de la sentencia de primera instancia, toda vez que si la nulidad se funda en la doctrina fijada por el Alto Tribunal en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 también deberá aplicarse la misma doctrina en lo que respecta a la falta de efectos retroactivos de la nulidad, independientemente de si la nulidad se persigue mediante el ejercicio de acciones colectivas o individuales, no siendo de recibo escindir el fallo de la meritada sentencia para tomar aquello que sirve en un sentido de interpretar en otro muy diferente aquello otro en lo que no se coincide o interesa (cfr. SAP Salamanca núm. 88/2015, de 27 de marzo de 2015). Así, si se interpone reclamación judicial para declarar la nulidad de la cláusula suelo y está resulta fundada en los mismos argumentos de falta de información y transparencia recogidos en la doctrina del TS, es lógico aceptar que deba aplicarse también la doctrina establecida en la misma sobre la irretroactividad de sus efectos.

Pero, como ya es sabido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 viene a admitir ahora un reconocimiento de efectos retroactivos de la nulidad de cláusulas suelo limitado hasta la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, en el ánimo de unificar criterios entre juzgados y tribunales, debiendo así los bancos reintegrar los intereses indebidamente percibidos por ese concepto desde esa fecha hasta que se dicte sentencia definitiva. Procede, por tanto, aplicar la nueva doctrina jurisprudencial



fijada en la STS de 25 de marzo de 2015 , que corrige parcialmente la anterior establecida en la STS de 9 de mayo de 2013 , si bien, en el caso que ahora nos ocupa, al haberse aquietado la parte actora con la sentencia que reconoce los efectos retroactivos de la nulidad únicamente desde la fecha de la interpelación judicial (13 de noviembre de 2.013), resulta evidente, ante la proscripción de la "reformatio in peius", que los efectos retroactivos de la declaración de nulidad establecida en la sentencia no pueden reconducirse hasta la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , sino, únicamente, hasta la fecha de la interpelación judicial, debiendo desestimarse el recurso en este punto para mantener así el criterio fijado en la sentencia recurrida.

**QUINTO** .- Al ser estimada, en definitiva, en parte la demanda (pues en la misma se interesaba que se condenara a la entidad bancaria demandada a reintegrar a los demandantes la totalidad de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la denominada "cláusula suelo" durante toda la ejecución del préstamo, mientras que la sentencia impugnada ha limitado los referidos efectos a partir de la fecha de interposición de tal demanda) así como también en forma parcial por ello el recurso de apelación, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ambas instancias, de conformidad con lo establecido en los artículos 394. 2 , y 398. 2, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y con devolución a la recurrente del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

## FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S. A** . contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez núm. 4 de Salamanca, con fecha de 9 de diciembre de 2014 , en los Autos de Juicio Ordinario 494/13, sobre nulidad de cláusula suelo, de los que este rollo dimana, a los efectos de revocar el pronunciamiento en costas de la meritada resolución, declarando, en su consecuencia, que no procede hacer imposición de las costas de la primera instancia a ninguno de los litigantes, sin hacer tampoco especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada. El parcial acogimiento del recurso determina la devolución del depósito constituido para recurrir en alzada.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.