



Roj: **SAP OU 305/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:305**

Id Cendoj: **32054370012015100155**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **345/2014**

Nº de Resolución: **159/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, presidenta y doña Josefa Otero Seivane y doña M^a José González Movilla Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 00159/2015

En la ciudad de Ourense a seis de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de los de O Barco Valdeorras, seguidos con el n.º 36/13, Rollo de apelación núm. 345/14, entre partes, como apelante la entidad Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a M^a Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del letrado D. Alfonso Espada Méndez y, como apelado, D. Carlos José , representado por el procurador de los tribunales D. Jorge Vega Álvarez, bajo la dirección del letrado D. Xosé Manuel Fernández Varela.

Es ponente la Ilma. Sra. D.^a M^a José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de los de O Barco de Valdeorras, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 26 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Estimando íntegramente la demanda presentada por el procurador D. Jorge Vega, en nombre y representación de D. Carlos José , y asistida por el letrado D. Xosé Manuel Fernández Varela, contra la entidad Banco Popular Español, representada por el procurador D. José Antonio Martínez, asistido del letrado D. Alfonso Espada Méndez, debo declarar y declaro la nulidad respecto al contrato de fecha 04 de abril del 2008, de constitución de préstamos hipotecario, de la cláusula de "suelo" o de limitación a la baja del tipo de interés aplicable, referenciada en el hecho primero de esta demanda, y en consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar al actor los importes ya percibidos con amparo en la misma detalladas en el hecho tercero, y los que llegue a percibir, con sus intereses legales.

Se condena a las costas procesales causadas a la parte demandada."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad Banco Popular Español, S.A. recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.



II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante Don Carlos José ejercita en el presente procedimiento acción tendente a que se declare la nulidad de la condición general contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad Banco Pastor SA, hoy Banco Popular SA, el día 4 de abril de 2008, en lo relativo a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable, cláusula suelo, no inferior a un cuatro por ciento nominal anual, que es la cláusula tercera bis, apartado 4, del contrato de préstamo hipotecario suscrito. Sostiene el actor que la cláusula afecta a un elemento esencial del contrato, no respeta el principio de reciprocidad de prestaciones, resulta abusiva y desprotege a la parte más débil de la relación contractual. Añade que no recibió información previa por parte del banco de la inserción de la cláusula y que, por ello, después de la contratación llegaron a un acuerdo para la inaplicación de la cláusula, que fue respetado por la entidad hasta el día 31 de julio de 2012, fecha a partir de la que el banco viene aplicando la cláusula en contra de lo que habían convenido. Por todo ello solicita que se declare la nulidad de la estipulación aludida, o subsidiariamente no aplicable, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a reintegrarle los importes ya percibidos con amparo en la misma y los que pudiera llegar a percibir, imponiéndole expresamente las costas procesales. La entidad bancaria demandada se opuso a la demanda alegando la licitud de la cláusula y su aceptación por parte del actor tras haber sido debidamente informado al respecto; que la cláusula no fue impuesta, no es contraria a la buena fe y no crea desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes; y, finalmente, que la declaración de nulidad no podía tener efectos retroactivos; solicitando por todo ello la desestimación de la demanda.

En la sentencia dictada en primera instancia se estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la cláusula litigiosa y condenando a la entidad demandada a abonar al actor los importes ya percibidos con amparo en la misma; y disconforme la entidad con dicha resolución interpone el presente recurso de apelación que basan en los siguientes motivos: falta de competencia objetiva del juzgado de primera instancia para el conocimiento de la causa, error en la valoración de la prueba al declarar la nulidad por falta de transparencia; improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo por abusiva y finalmente inexistencia de vicio del consentimiento y de incumplimiento contractual.

SEGUNDO.- Alega en primer término la apelante que el juzgado de primera instancia carece de competencia objetiva para conocer las cuestiones debatidas en este proceso, por corresponder a los juzgados de lo mercantil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 ter 2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a los juzgados de ese orden la competencia respecto a "las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia". La excepción ya fue planteada en primera instancia mediante la correspondiente declinatoria que fue desestimada, reproduciéndose ahora en esta segunda instancia.

Dada la falta de rigor y precisión del texto legislativo, este tema ha sido objeto de pronunciamientos judiciales contrarios por parte de los órganos judiciales, especialmente cuando se discute la competencia referida a una acción individual de nulidad de una condición general, como es el caso.

De modo general, frente a una inicial línea restrictiva que entendía que la atribución competencial a los juzgados de lo mercantil lo era respecto a las acciones colectivas, en algunas resoluciones se comenzó a admitir que los juzgados de lo mercantil son competentes tanto para las acciones individuales de no incorporación como las de cesación por nulidad por abusividad de las condiciones generales de la contratación, conforme al citado artículo 86 ter. 2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La competencia para examinar la abusividad de las cláusulas incardinadas en las condiciones generales de la contratación en el procedimiento de ejecución ordinaria o en el procedimiento de ejecución hipotecaria, fue asumida en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en la actualidad por aplicación de la Ley 1/2013, por los Juzgados de primera instancia. Un sector doctrinal deduce de ello que la competencia del Juzgado de lo mercantil para las acciones individuales no es exclusiva ni excluyente, mientras otro mantiene que la competencia para dicho conocimiento es "incidenter tantum".

Ello reabre el planteamiento de lo que sucede en las acciones ejercitadas en un procedimiento declarativo. Y al respecto existen dos posiciones diferenciadas: Una primera línea se fija en la clase de acción que se dice ejercitada en la demanda, y aun cuando se formula una acción basada en vicios del consentimiento, fundada en el Código Civil y no en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, o cuando se fundamenta en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la competencia corresponderá a los órganos de la jurisdicción civil.

Un segundo sector atiende a las previsiones contenidas en los artículos 8 y 9.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que regulan la acción individual de nulidad por tratarse de cláusulas abusivas atendiendo a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y cuando se solicita esa nulidad



de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual, de tal forma que la invocación a los artículos 1300 y concordantes del Código Civil o a la normativa de protección de los consumidores, quedaría subsumida en aquellos preceptos y la competencia correspondía a los juzgados de lo mercantil. Lo determinante por ello sería analizar si se está ante una condición general de la contratación, y en relación a la cláusula suelo, tras discrepancias entre las distintas resoluciones judiciales, el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013, dejó sentado su carácter de condición general de la contratación.

De este modo, al tratarse de una condición general de la contratación y teniendo en cuenta que la acción individual de nulidad está basada en su carácter abusivo o en la normativa común de nulidad de los contratos está contemplada en la ley reguladora de dichas condiciones generales, concurrirían los presupuestos para atribuir su conocimiento a los juzgados de lo mercantil, conforme al artículo 86 ter. 2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En esta situación esta Sala se inclina por adoptar la primera de las posturas, esto es, atribuir a la jurisdicción civil la competencia para conocer de las acciones individuales de nulidad de una condición general de la contratación cuando se funden bien en vicios del consentimiento, bien en su carácter abusivo de acuerdo con la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y ello en base a los siguientes motivos:

a) el artículo 86 ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial al atribuir competencias a los juzgados de lo mercantil exige que se trate de una acción relativa a una condición general de la contratación y que, además, se trate de "uno de los casos previstos en la legislación sobre la materia";

b) la acción de nulidad por vicios del consentimiento y la de nulidad por abusividad aparecen contempladas también en el Código Civil y Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, respecto de las que no existen duda alguna sobre la competencia de estos tribunales;

c) aunque a esas acciones se refieren los artículos 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no son acciones típicas de esta normativa y vienen a reproducir acciones ya previstas en otros textos legales;

d) así el artículo 86 ter.2.d) ha de entenderse referido solo a las acciones típicas previstas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación;

e) en caso de duda la prevalencia corresponde a la jurisdicción civil, por su carácter residual, frente a la especializada que solamente puede conocer de las materias atribuidas como competencias exclusivas y excluyentes; y

f) esa solución se acomoda a la satisfacción del principio de tutela judicial efectiva y evita dilaciones indebidas en el procedimiento.

Así, por todo lo expuestos, ejercitándose en este caso acción de nulidad por error en el consentimiento y abusividad de una condición general de la contratación que es la cláusula suelo, se considera competente el juzgado de primera instancia que ha conocido de la misma, rechazándose el motivo de recurso examinado.

TERCERO.- La cuestión de fondo planteada se refiere a la nulidad de la cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes el día 4 de abril de 2008, en la que se fija un límite mínimo a la variación del tipo de interés anual aplicable en un 4%. Para la resolución de esta cuestión ha de partirse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, cuya doctrina ha sido ratificada por la de 25 de marzo de 2015, que resolvió una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación ejercitada por la entidad Ausbanc Consumo contra determinadas entidades bancarias, en relación a las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. En la citada sentencia el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo examina primeramente la doctrina establecida ya de forma reiterada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declarando que dicho Tribunal ha establecido de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Para reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE dispone que no obligarán al consumidor de cláusulas abusivas, manteniéndose el contrato entre las partes si puede subsistir sin las cláusulas abusivas, debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, mecanismo necesario para que las empresas desistan del uso de ese tipo de cláusulas.

A continuación pasa la sentencia del Tribunal Supremo a examinar si las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación y si es posible el control de su abusividad. Constituyen requisitos para que se



trata de condiciones generales de la contratación, los siguientes que la doctrina ha elaborado en desarrollo del art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación :

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de la norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de forma que el bien o el servicio sólo pueda obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.

El hecho de que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula, sea o no condición general o particular, es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso sin perjuicio de otras posibles consecuencias, no obligaría a ninguna de las partes, sin que el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial excluya la naturaleza de condición general de la contratación. La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación, aunque varias de ellas, procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. Finalmente, ha de añadirse que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores no comporta su ilicitud, sino que es actualmente un modo de contratar con un régimen específico, y la existencia de una regulación propia de un determinado sector, como la normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario.

Las cláusulas de limitación de intereses tienen el carácter de condiciones generales de la contratación y definen el objeto principal del contrato que son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo. En principio, si las cláusulas suelen constituir cláusulas que describen y definen el objeto del contrato no cabe como regla general el control de su abusividad, pero ello no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, sometiéndolas al sistema al doble control de transparencia que la sentencia examinada a continuación expone. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LCGC que señala que "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" y el artículo 7 de la misma Ley que indica que "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles (...)" El TS considera que la O.M. de 5 de mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas que se examinan al contrato al regular el proceso de constitución de la hipotecas en garantía de los préstamos hipotecarios que comienza con la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, el tipo de interés variable y límites a la valoración del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando el notario obligado a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja. Esta regulación legal de los actos preparatorios garantiza la transparencia, la información y la libre formación de la voluntad, en principio. Ahora bien, el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, 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.



En este caso existe un segundo control o filtro de transparencia que ha de ser superado. A este segundo control se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE cuando dispone que "la apreciación del carácter abusivo de la cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Por su parte el artículo 80.1 del TRLCU dispone que "en 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 de contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE, es necesario el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuyo objeto es 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 realizado 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. Para que se supere este segundo control y, por lo tanto, quede vedado el examen del carácter abusivo de la cláusula en base al principio de autonomía contractual que se contienen en el artículo 1.255 del Código Civil, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal de contrato, que incide o pueda 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.

El Tribunal supremo en la sentencia examinada entendió que la condición general que contenía la cláusula suelo objeto de la acción de cesación que resolvía superaba el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas generales o particulares, de los suscritos con los consumidores. En definitiva, las cláusulas analizadas no eran transparente ya que:

- a) Faltaba información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertaban de forma conjunta con las cláusula techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existían simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No había 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.
- e) En el caso de la utilizadas por el BBVA, se ubicaban entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaban enmascaradas, diluyendo la atención del consumidor.

La falta de claridad de la condición general que describe o define el objeto principal del contrato, posibilita el control de abusividad, pero no implica necesariamente que la misma deba ser declarada abusiva y expulsada del contrato. Para ello es necesario que, en contra de la exigencia de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Así el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato", y en la misma forma se establece en el artículo 82.1 TRLCU.

El TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013, indica que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido y para analizar en qué circunstancias se causa ese desequilibrio, pese a las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. El Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 señala que para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto y, en el caso examinado, concluye que las cláusulas impugnadas daban cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustraban las expectativas del consumidor del abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable. Al entrar en juego



una cláusula suelo previsible el empresario, convertía el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza, y por tal motivo las declara nulas.

El Tribunal Supremo en base a todo lo expuesto concluye que las cláusulas suelo serán lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuanto el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

CUARTO.- Aplicando dicha doctrina al presente caso se observa que todos los elementos que el Tribunal Supremo valora en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 para estimar que la cláusula suelo es nula, concurren en el contrato litigioso, partiendo de que efectivamente es una condición general de la contratación. Así, en la estipulación tercera del contrato se indica que el préstamo devengará un tipo de interés variable, para cuya determinación se divide en quince períodos; el primer período, hasta el día 30 de junio de 2009, será el cinco por ciento nominal anual y a partir de esa fecha las sucesivas revisiones se realizarán con carácter anual, hasta la finalización de la operación. Según la cláusula Tercera bis, durante el segundo y sucesivos períodos, el interés anual aplicable variará anualmente en función del tipo de referencia Euribor, incrementado en 0,95 puntos porcentuales. Seguidamente la cláusula dedica una serie de apartados destinados a regular las bonificaciones aplicables para reducir el diferencial, definir el índice de referencia y explicar el funcionamiento y cálculo del índice sustitutivo en el caso de que resultase imposible determinar el tipo de interés conforme a las reglas anteriores, hasta que finalmente en el apartado 4 se señala que "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 cuatro por ciento nominal anual". Dicha cláusula se incluye entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que diluyen la atención del consumidor. Así la citada estipulación se incluye entre una gran cantidad de estipulaciones sobre comisiones, fechas de revisión de tipos de interés, fijación del diferencial entre las partes, índice de referencia, etc. con un clausulado complejo, estipulaciones Bis en algunos números que dificultan o hacen compleja una comprensión clara y simple de las obligaciones asumidas. Al margen de lo anterior tampoco se cumplen el resto de los requisitos previstos por la comentada sentencia del TS para considerar que la cláusula es transparente y, por tanto, lícita: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades del préstamo de la propia entidad, en caso de existir, o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las misma. La redacción de la cláusula dificulta la percepción de que afecta a un elemento esencial del contrato de préstamo que es el precio que han de pagar los prestatarios, creando la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia Euribor repercutirán en una disminución del precio del dinero prestado, cuando ante la tendencia bajista de los tipos de interés, el contrato se comportaba como un préstamo con un interés fijo mínimo que solamente podría variar al alza, no beneficiando nunca a los prestatarios las variaciones del Euribor a la baja que era el escenario previsible. La cláusula además introduce un nuevo elemento que podría inducir a confusión al prestatario pues se fija un tipo máximo de interés, única y exclusivamente a efectos hipotecarios, de un 7,50% para el ordinario o sustitutivo, que da a entender que, equilibrando las posiciones de las partes contratantes, se limita el tipo de interés al alza, como contrapartida, de la cláusula suelo, cuando en el momento de la contratación nunca se habían situado los intereses en esa cifra, ni la tendencia era alcista, sino todo lo contrario, y el límite al alza operaba únicamente a efectos hipotecarios, no obligacionales, por lo que el prestatario igualmente tendría que abonarlos aun por encima de esa cifra. En suma la cláusula suelo objeto de litis no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato exigidos por la legislación protectora de los consumidores y, por ello, y conforme a los artículos 80.1, 82 y 83 de la LCGC, ha de ser considerada ilícita por cuanto en contra de las exigencia de la buena fe, causa en perjuicio de los consumidores un desequilibrio importante en el contrato, teniendo en cuenta el objeto del contrato en el que está incluida y el concepto de equilibrio y buena fe elaborado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Por ello y aceptándose los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia en tal sentido la declaración de nulidad de la cláusula suelo ha de ser mantenida.

QUINTO.- Una vez establecido el carácter abusivo y, por tanto, nulo de la cláusula contractual impugnada, es preciso abordar el alcance de tal declaración en este proceso, toda vez que los demandantes además de la acción de nulidad solicitan que se condene a la demandada a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula y sus intereses, conforme a los artículo 1.303 del Código



Civil y 83.1 de la LGDCU . En principio, la consecuencia no podía ser otra que la establecida en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , que es el mantenimiento de la vigencia obligatoriedad el contrato, expulsando del mismo la cláusula abusiva. Según señala la sentencia, el que la cláusula afecte al objeto principal al contrato, no significa que no constituya un elemento esencial del mismo.

El contrato puede funcionar perfectamente sin la cláusula suelo litigiosa, sin necesidad de su integración, que ha sido prohibida por la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 , y es que el propio tratamiento que la entidad ha dado a la cláusula hace que no forme parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable y, consecuentemente, de su objeto y causa.

Sobre la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula el TS, en principio señala que "como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos o alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica QUOD NULLUM EST, NULLUM EFFECTUM PRODUCIT (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1.303 de Código Civil , a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se disponga en los artículos siguientes". No obstante, a continuación rechaza la eficacia retroactiva, que es la norma general, en base a razones de seguridad jurídica y atendiendo a que la nulidad no se basa en la ilicitud intrínseca de las cláusulas suelo sino en su falta de transparencia; a que su inclusión en los contratos de préstamo a interés variable obedeció a razones objetivas y a que no son inusuales o extravagantes y a que se toleraron durante largo tiempo y a que la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna sino de insuficiencia de información, limitando por ello los efectos retroactivos de la sentencia al declarar que la misma no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

Considera así el TS que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico a las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , pone coto a los efectos absolutos, inevitable y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"

De esta forma denegó la eficacia retroactiva a la nulidad, entendiendo que la facultad de decretarlo así cuenta con el respaldo del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando concurren dos requisitos: buena fe en los círculos interesados y riesgo de trastornos graves, entendiendo que dicho dichos requisitos concurren en los supuestos resueltos.

Ahora bien en el presente caso el efecto de la nulidad es diferente y compartiendo el criterio contenido en la sentencia apelada, la entidad demandada debe ser condenada a devolver al demandante las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula, al haber existido un acuerdo verbal por el que el banco aceptó la inaplicación de la cláusula contenida en la escritura. No existe impedimento alguno para que las partes alcanzaran ese acuerdo verbal, por cuanto la ley no exige el otorgamiento de escritura en otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato de préstamo entre particulares, aunque la realidad nos demuestra que este tipo de acuerdos suelen documentarse por escrito, si no en documento público, sí al menos en documento privado. Ahora bien ha resultado probado que el director de la entidad se comprometió con el actor a no aplicar la cláusula suelo, y así ocurrió durante años, hasta que se produjo la fusión de la entidad inicialmente prestamista con la ahora demandada, que de forma totalmente sorpresiva y desconociendo el pacto alcanzado, decidió aplicar el límite al interés variable. Si el actor en el momento de la firma de la escritura hubiera conocido que la cláusula se le aplicaría no hubiera firmado la misma, pues era una condición que impuso al director de la sucursal. Por todo ello en este caso los efectos de la nulidad de la cláusula suelo han de retrotraerse hasta su otorgamiento, precisamente por la existencia de ese pacto que realmente viene a suponer la inexistencia de la cláusula, por todo lo que la sentencia debe ser confirmada con desestimación del recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es preceptiva la imposición de las costas a la apelante.

Procede, finalmente, decretar la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, en aplicación de la disposición adicional 15ª LOPJ .

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente



FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Popular Español SA, la procuradora de los tribunales D^a M^a Gloria Sánchez Izquierdo, contra la sentencia, de fecha 26 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n^o 2 de los de O Barco de Valdeorras, en autos de Juicio Ordinario n^o 36/13, Rollo de apelación n^o 345/14, cuya resolución, consecuentemente, se confirma en sus propios términos, imponiendo a la apelante las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, **en su caso**, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su **no** tificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS