



Roj: **SAP LE 552/2015 - ECLI:ES:APLE:2015:552**

Id Cendoj: **24089370012015100120**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **207/2015**

Nº de Resolución: **126/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA: 00126/2015

Rollo de Apelación nº 207/2015

Juicio Ordinario Contratación nº 409/2014

Juzgado de 1ª Instancia 8 y Mercantil de León.

SENTENCIA Nº 126/2015

Ilma. /os. Sra. /es:

Dª. Ana del Ser López.- Presidenta

D. Manuel García Prada.- Magistrado

D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado

En León a 12 de Junio de 2015.

VISTO ante el Tribunal de la **Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num. 207/2015**, en el que han sido partes **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representado por la procuradora Dª María-Beatriz Sánchez Muñoz y asistido por el Letrado D. Enrique Sanz Fernández-Lomana, como **APELANTE**, y **D. Hernan**, representado por la procuradora Dª María de los Ángeles Sánchez Beltrán y asistido por la letrada Dª María- Aranzazu Jaén Pedrero, como **APELADA**. Interviene como Ponente del Tribunal para este trámite el ILTMO. SR. DON Ricardo Rodríguez López.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En los autos nº 409/2014 del Juzgado de 1ª Instancia número 8 y Mercantil de León se dictó sentencia de fecha 5 de febrero de 2015 cuyo fallo, literalmente copiado, dice: "**ESTIMO SUSTANCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora María Sánchez Beltrán en nombre y representación de Hernan contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, y en consecuencia declaro la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés recogida en el apartado 3.3 de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha 2 de abril de 2004 entre las partes, con la expresa condena de la demandada a la restitución de las sumas percibidas en su aplicación desde el 12 de junio de 2013, incrementadas en el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda, y al recálculo del cuadro de amortización del préstamo, así como al pago de las costas procesales**".

SEGUNDO .- Contra la precitada Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte apelante. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a la apelada que lo impugnó en tiempo y forma. Sustanciado el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial ante la que se



personaron en legal forma las partes en el plazo concedido al efecto. Por el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López, y se remitieron las actuaciones a la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal, en la que tuvieron entrada el día 3 de junio de 2015. Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 8 de junio de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación del objeto del recurso de apelación.

La sentencia dictada en primera instancia declara la nulidad de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés del préstamo y condena a la entidad financiera demandada a restituir las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de dichas cláusulas desde el día 9 de mayo de 2013.

En el recurso de apelación se impugna:

- 1.- La valoración y conclusiones reflejadas en la sentencia recurrida en relación con el control de transparencia que en ella se realiza.
- 2.- La aplicación parcialmente retroactiva de los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de limitación de la variación de los tipos de interés.
- 3.- La condena al pago de las costas.

SEGUNDO.- Sobre la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

A) Criterios jurisprudenciales sobre la transparencia de las cláusulas y sobre efecto invalidante de la contravención de los controles establecidos.

La sentencia recurrida expone y explica con gran rigor los criterios de la Sala 1ª Tribunal Supremo acerca de las cláusulas de limitación de la variación de los tipos de interés, reflejados en su sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, recurso 485/2012, y que se reiteran -no sin matices relevantes- en las de 8 de septiembre de 2014 (recurso nº 1217/2013) y en las recientísimas sentencias 138 y 19/2015, de 25 de marzo (recursos 1765/2013 y 138/2014).

En la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 se viene a proclamar que tales cláusulas no son intrínsecamente abusivas y se pueden introducir para definir el objeto principal del contrato (apartado 196 de la sentencia) y por ello, como regla general, no puede examinarse la abusividad de su contenido pero sí se somete " *al doble control de transparencia que se expone* " (apartado 197 de la sentencia). Es decir, no cabe analizar si la cláusula suelo produce un desequilibrio importante para los **consumidores** ni, en general, tampoco cabe analizar su validez a partir de su contenido intrínseco (artículos 82 a 91 de la LGDCU actualmente vigente y artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, vigente a la fecha de la contratación), por lo que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 82 antes citado, que se refiere a cláusulas no negociadas individualmente (condiciones generales) con exclusión de las que describan y definan el objeto principal del contrato. Pero también a estas cláusulas, en cuya tipología se englobarían las cláusulas suelo, les es de aplicación el control de transparencia (no de contenido) al que se alude en la precitada sentencia, y que se vincula directamente a lo dispuesto en el artículo 80 de la LGDCU, y para ello establece unos puntos de partida:

1.- El cumplimiento de la normativa bancaria garantiza razonablemente el **control de inclusión de las condiciones generales** : " 202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. 203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y **consumidores**, a tenor del artículo 7 LCGC ".

2.- La existencia de una regulación 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 LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis (apartado 178 de la sentencia). Por lo tanto, **el cumplimiento de la normativa bancaria**, al que se aferra la parte recurrente, **permite superar el control de inclusión, pero no necesariamente el de transparencia**.

3.- **El control de transparencia al que se alude en la sentencia del TS** se deriva, como ya hemos apuntado, de lo dispuesto en el artículo 80.1 del LGDCU : " 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 del contrato sobre su existencia y contenido ". Según la doctrina del Tribunal Supremo el control de transparencia se proyecta en un doble filtro (apartado 210 de la sentencia de la Sala 1ª del TS):

a) *Transparencia formal, semántica o gramatical* : se refiere a la comprensión de los términos de la cláusula y de su significado.

b) *Transparencia sustantiva* : cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato con la finalidad de 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.

Este mismo doble control se contempla en la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb Ag, C-92/11 , que se cita en la sentencia del Tribunal Supremo, y también la posterior sentencia del TJUE de fecha 30 de abril de 2014 (asunto C- 26/13): " *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 "*. No se refiere a una cláusula de limitación a la variación del tipo de interés pero guarda indudable identidad de razón porque explica el alcance de lo que hemos dado en llamar transparencia sustantiva.

B) Criterios valorativos para llevar a cabo el control de transparencia establecido conforme a lo expuesto en la precitada sentencia del Tribunal Supremo.

Con carácter previo precisamos que el cumplimiento de la normativa sectorial no exige de verificar el doble control de transparencia exigida a tenor de lo dispuesto en la legislación de protección de **consumidores** y usuarios y conforme a la Jurisprudencia citada. Y así resulta de lo dispuesto en el artículo 80.1 del vigente TRLGDCU (y en similares términos el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios) que, según redacción vigente a la fecha de presentación de la demanda, establece: " *En los contratos con **consumidores** y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. 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 "*. Y que debe de ser completado con lo dispuesto en el artículo 60.1 del vigente TRLGDCU (y en similares términos el artículo 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios) que establece: " *Antes de que el **consumidor** y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible , salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato , en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas "*.

Y para llevar a cabo ese doble control de transparencia establecido nada mejor que seguir los criterios valorativos contenidos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (recurso 485/2012): " 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. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor** "*.

C) Aplicación de los precitados criterios al caso concreto.

Aunque los criterios expuestos no pretenden ser exhaustivos ni tasados, sí nos puede servir -junto con otros que puedan aplicarse en cada caso- para efectuar el doble control de transparencia antes mencionado.



C.1. Criterios valorativos expuestos en la sentencia recurrida .

En la sentencia recurrida exponen con rigor los criterios valorativos que aplica en el caso concreto, y los reproducimos por compartirlos este tribunal plenamente:

- " *En efecto, dentro de la cláusula financiera tercera bis de la escritura expresa 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 3%", en términos más perniciosos para el **consumidor** que los recogidos en las escrituras analizadas en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , que en los 4 supuestos analizados recogen intereses mínimos del 2,5% .*

- " *Además, la cláusula no viene debidamente destacada en la escritura y resulta confusa en su redacción, pues no se inserta de manera visible y comprensible junto al tipo de referencia y como inequívoca parte integrante del mismo, sino que se desplaza a una página posterior, tras la exposición de otros datos acerca del funcionamiento del tipo de interés ordinario, del sustitutivo, operaciones de periodicidad irregular, etc., con lo que con lo que se desvincula el límite del funcionamiento del tipo variable.*

- " *Además, pese a titularse "tipo de interés variable", resulta engañosa para el prestatario, pues en la práctica únicamente lo es al laza, toda vez que el mínimo resulta inferior tan sólo en 0,125 puntos al tipo fijo de aplicación en la primera anualidad del préstamo, por lo que en definitiva debe concluirse resulta confusa en su redacción.*

- " *A ello debe añadirse que la cláusula tipo utilizada por la demandada ya fue declarada oscura e inhábil para superar el control abstracto de transparencia a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 , entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 5 de diciembre de 2014 , en la que explicaba que "basta con examinar el contrato suscrito...para comprobar que la cláusula de variación del tipo de interés no aparece ni separada ni destacada como elemento definitorio del contrato, sino que figura como una cláusula más del contrato amalgamada junto con todas las demás que lo integran y aparece postergada después de trece folios de condiciones financieras bastante densas en datos y más densas en criterios de cálculo", argumentos que por su práctica identidad de la cláusula analizada con la que es objeto del presente procedimiento, deben ser de aplicación a este.*

- " *Y de otro lado, que si bien la demandada alegaba haber aportado oferta vinculante prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, suscrita por la demandante, lo cierto es que no acredita tal extremo, pues no la aporta a los autos, por lo que no puede considerarse probado que aquella haya dispuesto del tiempo mínimo preciso para poder examinar con detenimiento el contenido del contrato y el alcance de sus estipulaciones. Sobre el particular, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 5 de diciembre de 2014 , antes citada, señalaba que "consta que al cliente se le hizo una oferta vinculante porque así se indica en la escritura pública de contratación del préstamo, pero esa oferta vinculante no ha sido presentada para verificar si fue entregada a los prestatarios, si se hizo con antelación suficiente y cómo estaba redactada para comprobar si la cláusula suelo se encontraba debidamente delimitada y si se identificaba con transparencia, entendido en el sentido expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada".*

C.2. Valoración añadida por el tribunal de apelación .

Tomando en cuenta los criterios de valoración transcritos en el apartado precedente, la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés contenida en el apartado 3.3 de las cláusulas financieras (cláusula primera) no supera el control de transparencia exigible y, por lo tanto, podemos afirmar que no han sido negociadas con la debida transparencia y han de ser anuladas:

1.- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

A tal conclusión se puede llegar a partir de un control en abstracto por la propia redacción de la cláusula y por la documental aportada. Pero llegamos a igual conclusión a partir de un control concreto ya que no existe prueba alguna (ni documental ni testifical) de la que podamos extraer como conclusión que se hubiera destacado la cláusula suelo como elemento definitorio del contrato.

No se trata, como se indica en el recurso de apelación, de que la redacción de la cláusula sea gramaticalmente comprensible, sino de que se inserte con transparencia. Y para ello es preciso destacarla e identificarla de modo claro como cláusula que contiene un elemento definitorio del contrato. La transparencia no se mide únicamente por los términos que se emplean para la redacción de las cláusulas sino por cómo se incorpora al contrato (previa la información sobre su alcance y consecuencias de su operativa, realizada de modo separado respecto de la que se pueda ofrecer sobre el resto de las cláusulas), por cómo se identifica (destacando que opera como excepción al interés variable fijado como ordinario), por cómo se negocia (oferta vinculante



en la que se destaque como excepción al interés variable pactado, evitando informaciones inclusivas y generalizadas) y por cómo se documenta (advertencia del notario de la existencia de la cláusula con clara referencia a la estipulación y no como mero formulismo).

En definitiva, lo relevante no es que la cláusula se pueda entender, sino que efectivamente se entienda, porque el deber de información al **consumidor** no se agota con la redacción de la cláusula, sino con su incorporación al contrato con la debida transparencia que, en el caso de los préstamos, ha de pasar por un primer estadio de transparencia con el cumplimiento de la normativa bancaria: oferta vinculante y advertencia del notario.

Tal y como se indica en la sentencia recurrida, ni siquiera se hizo la oferta vinculante exigida por el artículo 5 de la Orden Ministerial de fecha 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, privando al cliente de la posibilidad de acceder al examen del proyecto de escritura pública en los tres días hábiles anteriores al otorgamiento, y como también se indica en la sentencia ni siquiera se hizo la advertencia prevista en el apartado c) del epígrafe 2 del número 3 del artículo 7 de la precitada Orden: " 2. En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: [...] c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés " .

Sostiene la parte recurrente que sí existió oferta vinculante, y se funda en lo indicado en la escritura pública. Lo que en ella se indica es que el notario no apreció discrepancia entre la oferta vinculante que se le facilitó y las cláusulas financieras (primer párrafo de las advertencias finales). Esta afirmación puede significar que el notario leyó la oferta vinculante, pero no que la hubiera firmado el prestatario y, menos aún, que a aquel se le hubiera entregado una copia, o en qué fecha se le hizo entrega de ella (en la escritura no se dice que la oferta estuviera firmada por el prestatario o que se le hubiera entregado; solo se dice que estaba firmada por los apoderados del Banco).

También sostiene la parte recurrente que el notario indicó que " esta escritura ha sido redactada en esta misma fecha a solicitud de la parte prestataria previa renuncia a su derecho de examen en los tres días anteriores a los de este otorgamiento, y este ha tenido lugar en la propia notaría ". Figura como solicitante el prestatario porque es quien solicita el préstamo conforme a la operativa bancaria: no es el banco el que solicita el préstamo para el prestatario, sino que es este quien lo solicita. Pero quien remite la documentación al Banco no es el prestatario sino el prestamista. En cualquier caso, resulta irrelevante quien solicite el otorgamiento de la escritura sino cómo se lleva a cabo la contratación.

El artículo 7 de la citada Orden Ministerial prevé la renuncia a la lectura del proyecto escritura, pero no a la entrega de la oferta vinculante, en la que se debe informar al **consumidor** acerca de ese derecho. Por lo tanto, si no se entrega la oferta vinculante el prestatario no puede saber que tiene derecho a examinar el proyecto de escritura, y la renuncia a su examen y lectura se produce en el mismo acto del otorgamiento de la escritura, sin disponer de esos tres días hábiles anteriores para reflexionar y decidir al respecto. Con ello, se conculcan abiertamente los preceptos que exigen ofrecer al **consumidor** la información con antelación suficiente para comprender las condiciones esenciales del contrato y decidir sobre la prestación del consentimiento con conocimiento de causa; y más aún cuando se trata de renunciaciones a derechos que normativamente se le reconocen al **consumidor**.

Añadimos a todo ello que la renuncia a los derechos de información reconocidos en la Ley no puede extenderse a **consumidores** y usuarios (artículos 10 Y 86.1 de la LGDCU). Lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Orden Ministerial citada tiene rango reglamentario y se supedita a lo dispuesto en las normas con rango legal (artículo 6 LOPJ); la renuncia a derechos de información solo sería aplicable a quienes no tienen la condición de **consumidores**.

Si hubo oferta vinculante el Banco la pudo aportar, y así verificaríamos cómo se formalizó, pero, al no hacerlo, afirmamos que no existió (art. 217.2 y 7 de la LEC).

También se alude en el recurso de apelación al tamaño de la letra, cuando la referencia que se hace en la sentencia a tal extremo es por la cita de otra dictada por este tribunal de apelación: al reseñar los criterios que en ella se expresan aparecen datos particulares de otro caso, sin mayor relevancia porque se trata de una cita y no de una valoración sobre el caso concreto por parte del Juez de 1ª Instancia. Únicamente diremos que en el caso al que se alude se presentó una oferta vinculante, por pequeña que fuera el tamaño de la letra; en el caso que nos ocupa ni siquiera se presenta la oferta vinculante. Añadiremos, no obstante, que el tamaño de la letra sí importa desde el momento en que se le da importancia y relevancia en el artículo 80 del TRLGDCU, que vincula el tamaño de la letra a las exigencias de claridad y legibilidad que determinan la viabilidad de la incorporación de la cláusula y su consiguiente validez.

En el recurso de apelación se alude a indefensión causada a la parte apelante porque en la sentencia recurrida se cita otra de este tribunal de apelación de fecha 5 de diciembre de 2014 , diciendo: " pero con ello se nos



genera indefensión, pues desconocemos los términos exactos en que estaba redactada aquella cláusula y, a tal efecto, no nos sirven las generalidades y lugares comunes ". En primer lugar, la parte apelante sí conoce los términos exactos en que estaba redactada aquella cláusula porque la sentencia citada se dictó para resolver recurso de apelación 375/2014 también interpuesto por la recurrente. En segundo lugar, es cierto que los tribunales recurrimos en muchas ocasiones a la reiteración de fundamentos empleados en otras resoluciones, pero en buena parte es debido -como ocurre en este caso-, a que los supuestos se reiteran y obligan al tribunal a repetir los criterios de los que parte. Eso no significa que no se particularice cuando la identidad no sea absoluta. Lo que se pretende decir en la sentencia recurrida con la cita de nuestra sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014 es que la parte conoce cuál es la cláusula sobre la que se resolvió y todas sus circunstancias (es demandada la misma entidad bancaria), y poner de manifiesto que no existe razón alguna para darle un tratamiento diferente en el presente caso. Para comprobar la identidad de las cláusulas y su contexto basta con comparar el contenido de la cláusula suelo en ambos casos y así verificar que su redacción es igual, pero, además, también las circunstancias son iguales o de semejanza extrema. Citamos un párrafo de la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014 para comprobar la identidad de razón con el presente caso: " *Consta que al cliente se le hizo una oferta vinculante porque así se indica en la escritura pública de contratación del préstamo, pero esa oferta vinculante no ha sido presentada para verificar si fue entregada a los prestatarios, si se hizo con antelación suficiente y cómo estaba redactada para comprobar si la cláusula suelo se encontraba debidamente delimitada y si se identificaba con transparencia, entendida en el sentido expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada* " (igual que en este caso).

2.- 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.

No acredita por la demandada absolutamente nada al respecto. Es decir, al cliente no se le ofrecen diversas vías de financiación sino una muy concreta que no le permite discernir cuál de ellas podría resultarle más idónea. Tampoco se le advierte lo que puede representar la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés, destacando que suponía una excepción al carácter variable del tipo de interés pactado al convertir el tipo de interés en fijo cuando los tipos de referencia se situaran por debajo del "suelo" fijado.

3.- La cláusula suelo se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**.

Insistimos en que tal vez se le explicó el contenido de la propuesta y -con seguridad- el notario leyó el contenido del contrato, pero la mera lectura de un contrato no releva a la entidad financiera de la obligación de actuar con la debida transparencia: el que predispone la cláusula sabe -o debe de saber- el alcance de sus condicionados, y tiene la obligación de destacar las condiciones que, por englobarse entre otras muchas especificaciones, pudieran pasar desapercibidas, sobre todo aquellas que se refieren a elementos delimitadores del contenido económico esencial del contrato como lo es la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés.

Tal y como se establece en la precitada Orden Ministerial en el acto del otorgamiento del notario debe destacar la existencia de las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés, y por tal no se puede entender utilizar letra negrita porque el **consumidor** firma un contrato que se le ha leído, de modo que el tono de la letra empleado en la escritura no es algo que resulte revelador para él, que firma en atención a lo que se le lee. Y aunque se le dé la opción de leer la escritura por sí mismo la exigencia de advertencia por parte del notario se da para todo caso.

La cláusula suelo convierte el interés variable en fijo a favor del Banco por debajo del límite establecido, por lo que su inclusión en la cláusula referida al interés variable no solo resulta contradictoria sino que puede inducir a confusión u ocultar el alcance de tal cláusula. Es cierto que supone una restricción al interés variable y por ello pudiera pensarse que es lógico redactarla en relación con la cláusula de interés variable, pero no se incorpora con la debida transparencia si no se la dota de sustantividad propia redactándola en apartado separado y con la debida prevención de que constituye una excepción al interés variable que elude un posible efecto benéfico para el prestamista en caso de escenarios con bajos tipos de interés.

En este caso, además, ni siquiera se redacta a continuación de la indicación del tipo de referencia para comprender mejor que opera como una excepción al interés variable pactado. Mayor transparencia ofrece redactar la cláusula como excepción al tipo de interés variable, pero si se engloba entre todo el condicionado referido a él, al menos podría haberse redactado justo a continuación de la identificación del tipo de referencia y como excepción a él.

Redactar la cláusula con más o menos claridad semántica no equivale a advertencia (todas las cláusulas se redactan y no por ello se advierte al contratante de su peculiaridad y existencia). Advertir es destacar, y destacar ni es solo redactar ni tampoco utilizar letra negrita -como se ha indicado-. Este deber de advertencia



resulta tanto de las exigencias normativas (art. 7.3.2.c de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994) como de las exigencias generales de diligencia en la contratación con **consumidores** y usuarios que se prevén, entre otros, en el artículo 80 de la LGDCU .

TERCERO.- Sobre la extensión retroactiva de los efectos de la declaración de nulidad.

El criterio para determinar los efectos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés por no superar el doble control de transparencia establecido en la Jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 , de fecha 8 de septiembre de 2014 y la sentencia 138/2015, de 25 de marzo) se establece en la sentencia nº 139/2015 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo , de fecha 25 de marzo de 2015 (recurso nº 138/2014): " 4. Se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 " .

Este es el criterio que venía sustentando este tribunal (sentencias de la Sección 1ª de la AP de León de fechas 5 de junio de 2014 y 20 de marzo de 2015 , entre otras) y que, a tenor de la Jurisprudencia expuesta, seguirá siendo mantenido.

CUARTO.- Costas.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC , en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Rige, por lo tanto, el principio de vencimiento objetivo que implica la condena del apelante al pago de las costas procesales generadas por el recurso de apelación interpuesto y totalmente desestimado.

No aprecia este tribunal dudas de hecho o de Derecho que justifiquen excluir la condena al pago de las costas: la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés también fue declarada nula por falta de transparencia sobre la base de unos criterios que de modo evidente concurren en este caso, por lo que desde que el Tribunal Supremo se pronunció (9 de mayo de 2013) hasta que se presentó la demanda (18 de junio de 2014) ha mediado tiempo suficiente como para que la demandada revisara las cláusulas de sus contratos. Además, la entidad demandada insiste con su recurso de apelación en su oposición cuando la doctrina establecida en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ya había sido reiterada por la de fecha 8 de septiembre de 2014 , y este tribunal de apelación lleva dictadas un buen número de sentencias aplicando esa doctrina sobre la base de unos postulados semejantes a los que concurren en el presente caso, en el que, además, se produce un claro incumplimiento de la normativa reglamentaria sobre transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios al no entregarse oferta vinculante con la antelación exigida y no ofrecer advertencia alguna sobre la cláusula de limitación de la variación de los tipos de interés como definitiva de elementos esenciales del contrato y como susceptible de alterar sustancialmente el significado del contrato (se pacta un interés variable que se convierte en fijo a favor del Banco en escenarios de bajos tipos de interés).

En relación con los efectos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula, la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 viene a poner fin a la controversia, pero el criterio de este tribunal de apelación ya venía establecido desde tiempo atrás, y la entidad demandada ya lo conoce por haber sido parte en recursos de apelación seguidos ante este tribunal y resueltos antes de que interpusiera recurso de apelación (la sentencia de 5 de diciembre de 2014 que se cita en el recurso de apelación es buena muestra de ello). Es evidente que el tribunal de apelación no es a quien corresponde crear Jurisprudencia, pero el concepto de " *serias dudas de hecho o de Derecho* " recogido en el artículo 394.1 de la LEC no es aplicable a este caso: con su sentencia de 25 de marzo de 2015 el Tribunal Supremo despejan las dudas al respecto, pero no se puede afirmar que antes de dictarse las que existieran se pudieran calificar como "serias". Es el propio Tribunal Supremo el que con dicha sentencia deja claro que ninguna duda se debe extraer al respecto: " *Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia . Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen*



declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada".

Añadimos a todo ello que los efectos derivados de la nulidad de un acto jurídico son apreciables incluso de oficio. La declaración de nulidad comporta la inexistencia del acto jurídico, por lo que sus efectos son una mera consecuencia de la declaración emitida y no pueden quedar indeterminados. En este caso, además, el demandante es un **consumidor**, con lo que la declaración de oficio de la nulidad conlleva necesariamente la declaración de los efectos derivados de la declaración de nulidad, tanto si se pide algo al respecto como si nada se solicita. Por lo tanto, el pronunciamiento que declara los efectos de la nulidad solicitada se ha de considerar accesorio y no justifica la exoneración del pago de las costas por las dudas que se puedan plantear únicamente en relación con unos efectos cuya declaración es posible, incluso de oficio.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

FALLAMOS:

Se desestima TOTALMENTE el recurso de apelación interpuesto por **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** , contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2015 , **y, en su consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena del apelante al pago de las costas generadas por el recurso de apelación .**

Se declara perdido el depósito que pudiera haberse constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legalmente previsto.

MODO DE IMPUGNACIÓN : contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, más otros 50 euros si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

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