



Roj: **SAP OU 417/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:417**

Id Cendoj: **32054370012015100226**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2015**

Nº de Recurso: **506/2014**

Nº de Resolución: **229/2015**

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<sup>a</sup> José González Movilla Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

#### **SENTENCIA NÚM. 00229/2015**

En la ciudad de Ourense a veintidós de junio 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 nº 4 (antes mixto nº 7) de los de Ourense, seguidos con el n.º 810/13, Rollo de apelación núm. 506/14, entre partes, como apelante la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección de la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Cosmea Rodríguez y, como apelados, D<sup>a</sup> Valle y D. Donato, representados por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Fernanda Tejada Vidal, bajo la dirección del Letrado D. Antonio Taboada Oterino.

Es ponente la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José González Movilla.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 (antes mixto nº 7) de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 21 de Julio de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. *María José Conde González*, en nombre y representación de *D. Donato y Dña. Valle* contra *BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.* debo declarar y declaro:

*1.- La nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente resolución y que establecen un tipo mínimo de interés aplicable. En concreto se declara la nulidad de la cláusula 3 BIS inserta en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 31 de octubre de 2008: "límite a la variación del tipo de interés aplicable", y que expresamente dice "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,50%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser en ningún caso, superior al 15% nominal anual.*

*2.- Se condena a la entidad financiera demandada a pasar por esta declaración procediendo a eliminarla del contrato suscrito entre el actor y la demandada desde su inicio.*



3.- Se condene a la entidad demandada a pagar (devolver) a los actores las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma.

4.- Se condena a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito entre las partes.

5.- Se condena en costas a la parte demandada."

Por dicho órgano judicial y mediante Auto de 28 de julio de 2014, se ha dictado auto de rectificación cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"PARTE DISPOSITIVA:** Dispongo RECTIFICAR la sentencia de fecha 21 de julio de 2014 en el siguiente sentido:

**En el Fallo de la misma**

**Donde dice** : "Doña María José Conde González", **debe decir**, "Doña Fernanda Tejada Vidal".

**Manteniendo el resto de pronunciamientos."**

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, 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.-** Ejercitan los actores Doña Valle y Don Donato 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 Bilbao Vizcaya Argentaria SA, el día 13 de junio de 2006, en lo relativo a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable, cláusula suelo, no inferior a un 2,50% nominal anual, que es la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito. Sostienen los actores que la cláusula es una condición general predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos, no negociada, que les fue impuesta sin posibilidad de influir en su contenido y que no fue debidamente explicada. Por todo ello solicitan que se declare la nulidad de la referida cláusula, condenando a la demandada a su supresión del contrato y a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la estipulación cuestionada desde la fecha del contrato hasta la actualidad, imponiéndole las costas causadas. La entidad demandada se opuso a la demanda alegando que la cláusula impugnada no tiene la consideración de condición general, y por ello, no puede ser considerada abusiva; que fue conocida y expresamente aceptada por los prestatarios, no impuesta unilateralmente y que no existe desequilibrio entre las prestaciones de las partes ya que el propio contrato prevé mecanismos de protección para el **consumidor** frente a una eventual subida de tipos de interés. Por todo ello, y alegando, con carácter previo, la excepción de cosa juzgada en base a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que resolvió un procedimiento seguido ante el Juzgado Mercantil Número 11 de Madrid, con el número 471/2010 promovido por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España, ADICAE, contra varias entidades financieras, en ejercicio de acción de cesación mediante la que se pretendía la declaración de nulidad de las denominadas cláusulas suelo por ser condiciones generales de la contratación abusivas, solicita que se estime la referida excepción y, subsidiariamente, que se declare terminado el procedimiento por pérdida sobrevenida de objeto, y también de forma subsidiaria que se declare que existió una indebida acumulación de acciones o, en último término, que se desestimase la demanda en relación al fondo del asunto. La sentencia de instancia estimó la demanda, declarando que la cláusula en virtud de la que se establecía un límite mínimo al tipo de interés variable era una condición general, que debía considerarse abusiva y por ello expulsarse del contrato, con los efectos reclamados en la demanda; esto es, la devolución por parte de la entidad de las cantidades cobradas de más en aplicación de la cláusula declarada nula y la obligación de la demandada de recalcular las cuotas de amortización del préstamo teniendo en cuenta la nulidad de la estipulación. La entidad demandada formula recurso de apelación contra la resolución dictada insistiendo en las excepciones alegadas en la instancia, manteniendo en relación al fondo que nunca procedería la devolución de las cantidades abonadas desde la suscripción del contrato.

**SEGUNDO.-** Considera la entidad demandada que concurre la excepción de cosa juzgada en base a la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo en fecha 9 de mayo de 2013, resolviendo la demanda interpuesta por la Asociación de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España, ADICAE, frente a la entidad aquí demandada NCG Banco SA, en ejercicio de acción colectiva de cesación de condición general de la contratación y de acciones individuales accesorias de contenido indemnizatorio, siendo así que, según afirma, en aquel proceso se reclama lo mismo que en el presente, a saber, el ejercicio de una acción de cesación en la aplicación de una cláusula contractual denominada cláusula suelo por abusiva, de nulidad de dicha cláusula y de reclamación de



daños y perjuicios derivados de la aplicación de tal cláusula. Es por ello que considera que concurre identidad de petitum, identidad causal, pues los fundamentos jurídicos de ambos procesos son los mismos, e identidad de sujetos, en la medida que ADICAE, conforme al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ejerce una acción colectiva fundada en derechos de **consumidores** y usuarios como los actores, y habiéndose declarado la nulidad de las cláusulas suelo, como la que es objeto de este litigio, tal declaración alcanza a ésta debiendo por ello considerarse ya declarada su nulidad y fijados sus efectos conforme a la referida resolución. La cuestión ha sido estudiada y resuelta en sentido negativo, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de junio de 2010, al señalar: "El alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los **consumidores**". Partiendo de tales dificultades, la referida sentencia considera que los requisitos tradicionales para que concurra la litispendencia, en particular, la identidad subjetiva, deben ponderarse a la vista del régimen que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en esta materia. El artículo 11.2 de dicha Ley establece que "cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de **consumidores** o usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinable, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de **consumidores** o usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados". Podría sostenerse que, según el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido **consumidores** del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados ( artículo 15.3 de la LEC ) que, aunque no se personen podrán hacer valer sus derechos e intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la propia Ley. La Sala entiende, no obstante, que si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la Ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los **consumidores** y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente, pues sólo así tiene sentido el artículo 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Concluye la sentencia que "en caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los **consumidores**, hay que entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquélla haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de **consumidores** concretos debe determinarse en función de los sujetos perjudicados a quienes se concreta el ejercicio de la acción". En definitiva, si una sentencia que resuelve acciones colectivas no contiene pronunciamientos que dispongan que la declaración de nulidad produce efectos no limitados a quienes hayan sido parte, no existe ni cosa juzgada ni litispendencia respecto de quienes no habiendo participado en ese procedimiento, ejercitan una acción individual. Por todo ello y aun admitiendo las serias dudas jurídicas que la doctrina sentada por la sentencia referida ocasiona, esta Sala se decanta por la corriente doctrinal que considera que no concurre la excepción de litispendencia en el presente supuesto. Algunas resoluciones han apreciado, ante el ejercicio de acciones colectivas la litispendencia impropia o, directamente, prejudicialidad conforme al art. 43 de la Ley Procesal en procedimientos en que se ejercita individualmente la acción que impugna cláusulas como la de litis; pero esta litispendencia impropia es más discutible porque las acciones colectiva e individual, aún previstas en el mismo texto legal, se sujetan a regímenes jurídicos diferentes, como ocurre con la imprescriptibilidad de las colectivas prevista en el artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. También es diversa la legitimación pero su ejercicio, que el art. 16 de dicha norma limita considerablemente en el caso de la acción colectiva. Su finalidad tampoco es coincidente, pues en el caso de las acciones de cesación no es restitutoria y, finalmente, la propia ley ha establecido distinta eficacia a los pronunciamientos que recaigan según los artículos 2.2 y 8 de la misma Ley. En definitiva, el riesgo de declarar esta litispendencia impropia es la eventual vulneración del artículo 24 de la Constitución, al privar del ejercicio de una acción, supeditándola a una colectiva en la que no se participa y puede no llegar a afectar al demandante de manera individual.



Como consecuencia de ello, no estimándose la excepción de cosa juzgada, tampoco puede apreciarse la carencia sobrevenida de objeto que se alega. Tal supuesto únicamente podría entenderse aplicable si la entidad demostrase que había renunciado a la utilización del clausulado litigioso, habiendo comunicado de modo expreso a los actores que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, lo que en este caso no ha ocurrido y, además, el litigio todavía se mantendría pues, aunque la entidad no discute la nulidad de la cláusula suelo, discrepa sobre los efectos de tal declaración.

Finalmente tampoco se considera que se hubiera producido una indebida acumulación de acciones en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una única acción, competencia del Juzgado de lo Mercantil, conforme al artículo 86 ter.2. letra b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante la que se pretende la declaración de abusividad de una cláusula que es una condición general de la contratación, solicitándose además, como efectos de la nulidad que se insta, que se condene a la entidad a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma.

**TERCERO.-** Entrando en el fondo de la cuestión planteada, esto es, la nulidad de condición general de la contratación contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre los actores y la entidad demandada el día 13 de junio de 2006 relativa a la denominada cláusula suelo fijado un interés mínimo no inferior a un 2,50% nominal anual. Sobre la nulidad de estas cláusulas, derivada de acciones individuales de nulidad o colectivas de cesación, han existido resoluciones contradictorias en la doctrina de los Juzgados y Audiencias Provinciales. Actualmente, para la resolución de las cuestiones planteadas ha de partirse de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que, dictada por el Pleno, resuelve muchas de las cuestiones planteadas al efecto, sentencia 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 suelo constituyen 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 suelo examinadas 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.-** La doctrina sentada en la sentencia examinada, ha sido ratificada en la dictada con fecha 25 de marzo de 2015 , resultando así plenamente eficaz y aplicable en los supuestos que se plantee un conflicto análogo. Pues bien en el 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 3ª, apartado 4, se indica que durante el "período de interés fijo", el tipo de interés vigente será el 6% nominal anual y en la cláusula 3ª bis se establece que en cada "período de interés variable" el tipo de interés vigente será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual, definido a continuación, y en su defecto el tipo nominal sustitutivo. A continuación la cláusula dedica una serie de apartados a definir el índice de referencia principal, el índice conjunto de entidades, el índice de referencia sustitutivo y el tipo nominal por imposibilidad de aplicación de los índices de referencia anteriores, para establecer finalmente en la cláusula 3 bis 3, bajo la rúbrica "Límites



a la variación del tipo de interés" que "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,50%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés. Todo ello sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% 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 a los prestatarios que se fija un tipo máximo de interés de una 15 % que da a entender que, equilibrando las posiciones de las partes contratantes, se limita el tipo de interés al alza, como contrapartida, 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. 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.-** Establecido el carácter abusivo y, por tanto, nulo de la cláusula contractual impugnada en la resolución dictada en primera instancia, un pronunciamiento que no es combatido en esta alzada, la única cuestión debatida es el alcance de tal declaración en este proceso, toda vez que los demandantes, además de la acción de nulidad, solicitaron la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula desde la fecha de suscripción del contrato, conforme a los artículos 1303 del Código Civil y 83.1 de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios . En tal aspecto la consecuencia no puede ser otra que la establecida en la sentencia del TS 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 dichos requisitos concurren en los supuestos resueltos."

La misma doctrina ha sido mantenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 2015 en la que desarrolla y justifica la doctrina sentada en aquella primera resolución, concluyendo que en la sentencia de 9 de mayo de 2013 "se declaró la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará 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 de 9 de mayo de 2013 " y por ello, en el Fundamento Jurídico Décimo, establece que "se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno de 9 de mayo de 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". Y continúa "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 de mayo de 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".

Pues bien, aplicando al caso la doctrina expuesta ha de concluirse que la nulidad de la cláusula litigiosa no autoriza a exigir que se revise la liquidación de la cuenta asociada al préstamo desde su inicio ni a que se devuelvan las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación, sino solo a partir del día 9 de mayo de 2013, fecha a la que se retrotraen los efectos de la nulidad. Por ello, la sentencia recurrida ha de ser revocada en el sentido de condenar a la demandada a devolver a los actores únicamente las cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula suelo a partir de esa fecha, en caso de que los cobros se hubieran producido.

**SEXTO.-** Estimándose parcialmente el recurso de apelación interpuesto, en virtud de lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace expreso pronunciamiento en costas.

Procede, finalmente, decretar la devolución a la parte recurrente 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 estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., la procuradora de los tribunales Dª Mª Gloria Sánchez Izquierdo, contra la sentencia, de fecha 21 de julio de 2014 , aclarada por auto de 28 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 (antes mixto nº 7) de los de Ourense, en autos de Juicio Ordinario nº 810/13, Rollo de apelación nº 506/14, cuya resolución se revoca en el sentido de condenar a la entidad a devolver únicamente a los actores Dª Valle y D. Donato , representados por la procuradora de los tribunales Dª Fernanda Tejada Vidal, las cantidades abonadas de más en aplicación de la cláusula declarada nula a partir del día 9 de mayo de 2013; sin hacer expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en la instancia ni en la apelación.

Se decreta la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.





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 CENDOJ