



Roj: **SAP LE 593/2015 - ECLI:ES:APLE:2015:593**

Id Cendoj: **24089370012015100129**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2015**

Nº de Recurso: **204/2015**

Nº de Resolución: **132/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA DEL SER LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

**SENTENCIA: 00132/2015**

**ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN Nº. 204/15.**

**PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº. 510/14, JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº. 8 Y MERCANTIL DE LEÓN.**

**S E N T E N C I A Nº. 132/15**

**Ilmos. Sres.**

**Dª. ANA DEL SER LOPEZ.-.-Presidenta.**

**Dº. MANUEL GARCÍA PRADA.- Magistrado.**

**Dº. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ.- Magistrado.**

En la ciudad de León, a 17 de junio del año 2015.

**VISTO** ante el tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial el recurso de apelación civil Nº. 204/15, correspondiente al Procedimiento Ordinario nº. 510/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº. 8 de León, en el que ha sido parte apelante la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Sánchez Muñoz, siendo parte apelada **DON Casiano y DOÑA Eloisa**, representados por la Procuradora Sra. Carretón Pérez, actuando como Magistrada Ponente para este trámite la **Ilma. Sra. Dª. ANA DEL SER LOPEZ.**

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

**PRIMERO.-** El Ilmo. Magistrado-Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº. 8 de León dictó sentencia en los autos de Procedimiento Ordinario Nº. 510/2014, con fecha 12 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO: ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda presentada por la Procuradora María Elena Carretón Pérez en nombre y representación de Casiano y Eloisa 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 8 de noviembre de 2004 entre las partes, con la expresa condena de la demandada a eliminarla del contrato y a la restitución de las sumas percibidas en su aplicación desde el 9 de mayo de 2013, así como al pago de las costas procesales".

**SEGUNDO.-** Contra la relacionada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado del mismo se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación y fallo, el día 16 de junio de 2015.

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



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Resumen y cuestiones litigiosas planteadas en la alzada.

Se interpone una acción individual de nulidad de la estipulación del contrato de préstamo hipotecario que fija un límite a las revisiones del tipo de interés (cláusula suelo) alegando defecto de información en su inclusión. La sentencia recurrida estima sustancialmente la demanda presentada, declarando la nulidad de la cláusula suelo y condenando a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la cláusula atacada desde el 9 de mayo de 2013, así como al pago de las costas procesales.

Contra esta resolución se interpone recurso de apelación por la entidad bancaria y como motivo sustantivo se invoca el error en la valoración de la prueba practicada, pues se dice que los prestatarios tuvieron un cabal conocimiento del contenido de la cláusula de acotación mínima y de sus efectos jurídicos y económicos durante la vida del préstamo. Razona la parte recurrente que la cláusula discutida no reúne elemento alguno de confusión, tal como resulta de los términos literales del pacto: "*Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- 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 3,25%*". Añade que se trataba de una subrogación con modificación lógica de las condiciones en función de lo pactado por las partes y que se elaboró y puso a disposición de los deudores la oferta vinculante prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y el otorgamiento de la escritura se ajusta a la legalidad, habiendo entendido los prestatarios las consecuencias y efectos durante la vida del contrato, solicitando la desestimación de la pretensión de nulidad. Como motivo segundo del recurso de apelación se plantea la discrepancia respecto de los efectos de la nulidad declarada y la retroactividad limitada que estima la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** Falta de transparencia en una condición general de la contratación. Oferta vinculante.

La sentencia recurrida hace una exposición razonada sobre las conclusiones que se deducen de la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, exposición que no puede ser completada por su exactitud y detalle en la explicación y a ella que nos remitimos en su totalidad. Seguidamente en el fundamento jurídico tercero se aplica la doctrina jurisprudencial al supuesto objeto del procedimiento. La conclusión es que la cláusula debe reputarse abusiva porque del examen de la escritura de préstamo hipotecario se extrae que 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 se desvincula el límite del funcionamiento del tipo variable.

La parte recurrente discrepa de las conclusiones que se derivan de la entrega de la oferta vinculante que la Sentencia razona que no resulta suficiente para considerar válida la cláusula suelo, con cita de la Sentencia de esta Audiencia Provincial de 18 de septiembre de 2014.

Pues bien, tales argumentos no desvirtúan la conclusión a la que llega la sentencia recurrida. En los párrafos 168 y siguientes de la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2014 se argumenta sobre el control de las condiciones generales en sectores regulados y menciona la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y 28 de octubre de 2011. Se dice que "*en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado*"-(párrafo 169). Sin embargo, a los efectos que nos interesan, la Sentencia del TS concluye que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo y por tanto (párrafo 178) "*la existencia de una regulación normativa bancaria.....no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis*". Y en el párrafo 239 se dice que no incide en la valoración "*el hecho de que, en ocasiones, el consumidor se subroge en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994*". En definitiva, según el TS no se impide el control del carácter abusivo de las cláusulas el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

Esta doctrina jurisprudencial resulta resaltada en la Sentencia del TS de 8 de septiembre de 2014 que nuevamente resuelve un supuesto de nulidad de cláusulas suelo y afirma lo siguiente: "*En este sentido, el planteamiento alegado por la parte aquí recurrida que, partiendo de la licitud de la cláusula suelo a tenor de la Orden Ministerial, de 5 de mayo de 1994, concluye que la tramitación administrativa prevista a tal efecto excluye el carácter no negociado de dichas cláusulas al garantizar la plena información y la libre formación de la voluntad*



*del prestatario, debe de ser rechazado* ". Concluye que la regulación sectorial no impide la aplicación normativa de la legislación sustantiva en la materia y no puede desnaturalizar el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe ser aplicado en sede judicial.

Y estas conclusiones sobre el cumplimiento de los deberes impuestos por la OM de 5 de mayo de 1994 son igualmente aplicables aún en el supuesto de que la oferta vinculante remitida al cliente cumpliera tales requisitos. En efecto, en la Sentencia del TS de 8 de septiembre antes citada no solamente se entregó oferta vinculante sino que se resaltó la intervención notarial en la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación pero finalmente concluye que no se logró la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el **consumidor** conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que resultan a su cargo. Y sobre la "oferta vinculante" se dice que sigue el mismo esquema formal o documental de las escrituras públicas de donde no resulta una mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia, argumento que igualmente resulta aplicable para rechazar las alegaciones vertidas en el escrito de recurso que ahora se está analizando.

Así rechazamos el recurso que se centra en el cumplimiento de los deberes impuestos a la entidad bancaria, sin justificar ni desvirtuar los argumentos ofrecidos por el juez de instancia para concluir con el defecto de transparencia de la cláusula suelo que finalmente motiva su nulidad. Y frente al control abstracto que realizamos de la validez de la cláusula suelo analizada, examinando la redacción de la misma y el contenido de la escritura de préstamo, resultaba irrelevante la prueba de interrogatorio de los demandantes que nada nuevo podía aportar al procedimiento, por lo que la denuncia efectuada en el escrito de recurso sobre el rechazo de la prueba no puede ser tenida en consideración, al margen de que la indefensión alegada debió ser subsanada mediante la solicitud de prueba en esta segunda instancia.

En definitiva, resulta necesario concretar si se cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de la cláusula suelo en el curso de la oferta comercial y en este caso no se observa que fuera objeto de un realce específico y diferenciable, el contenido de la misma no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares, ni tampoco resultó destacado y diferenciado específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de la escritura pública del préstamo hipotecario, donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada como "tipo de interés variable". Circunstancias que detalladas en el supuesto objeto de análisis en la Sentencia de pleno del TS de 8 de septiembre y que concurren exactamente en el supuesto que ahora analizamos, tal como ya explicaba el juez de instancia en la sentencia recurrida.

Debemos añadir que la redacción de la cláusula puede resultar sencilla, lo cual permitiría superar el denominado control de incorporación ex arts. 5.5 y 7.1 LCGC, pero resulta necesario además superar un segundo control de transparencia propiamente dicho, ex art. 8.2, (cláusulas abusivas en perjuicio de **consumidores**, art. 80.1 TRLGDCU) cuando se trata de contratación con **consumidores**. Esta teoría jurisprudencial ha sido nuevamente aplicada por la Sentencia de Pleno del TS de 24 de marzo de 2015 que considera correctos los criterios empleados en la sentencia de la Sala Primera del TS nº 241/2013 para aplicar el control de transparencia. Ratifica que la denominada "cláusula suelo" debe ser objeto de "un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, que verifique que la información suministrada permite al **consumidor** saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato". Recuerda igualmente que el cumplimiento de las prescripciones de la Orden de 5 de mayo de 1994 no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el **consumidor** adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula" (fundamento jurídico quinto de la Sentencia de Pleno TS de 24 de marzo de 2015 ). Esta doctrina jurisprudencial ha sido correctamente aplicada en la Sentencia ahora recurrida que debe ser confirmada en su integridad.

**TERCERO.-** Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En la Sentencia de Pleno del TS de 25 de marzo de 2015 ( Sentencia 139/2015 ) 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 ".



Así pues, se dice 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 párrafo 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.

El TS afirma 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, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE ). Añade que la limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, citando una serie de normas y resoluciones que así lo atestiguan.

En definitiva, este motivo de recurso tampoco puede prosperar pues la Sentencia de Primera Instancia aplica el criterio seguido por este Tribunal de Apelación que considera procedente la derivación de las consecuencias de la nulidad restringida a los pagos efectuados con posterioridad al dictado de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 . Y esta es finalmente la doctrina que fija la Sentencia de Pleno del TS de 25 de marzo de 2015 , antes citada.

**CUARTO.-** Criterio impositivo de las costas procesales.

Las costas de esta alzada se impondrán a la parte recurrente cuyo recurso ha sido rechazado, artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso ,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A**, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia N° 8 de León, de fecha 12 de febrero de 2015 , en los autos de Juicio Ordinario n°. 510/14, y **CONFIRMAMOS** la resolución de Primera Instancia, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Notifíquese a las partes personadas y remítase al SCOP para que continúe la tramitación.

**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.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.