



Roj: **SAP SA 360/2015 - ECLI:ES:APSA:2015:360**

Id Cendoj: **37274370012015100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2015**

Nº de Recurso: **264/2015**

Nº de Resolución: **208/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO GARCIA DEL POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA SENTENCIA: 00208/2015**

**SENTENCIA NÚMERO 208/15**

ILMO SR PRESIDENTE

DON ILDEFONSO GARCÍA DEL POZO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

DON FERNANDO CARBAJO CASCÓN. STE.

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

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Ordinario Nº 85/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 264/2.015** ; han sido partes en este recurso: como demandantes apelados **DON Everardo Y DOÑA Guadalupe** , representados por la Procuradora Doña María Jesús Hernández González, bajo la dirección del Letrado Don Antonio Acosta García y; como demandado apelante **BANCO GRUPO CAJA 3S.A.U.**, representado por el Procurador Don Miguel Angel Gómez Castaño, bajo la dirección del Letrado Don Rafael Hurtado Guerrero.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1º.- El día treinta y uno de marzo dos mil quince, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 4 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Estimar la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Hernández González en nombre y representación de D. Everardo y Dª Guadalupe , contra Banco Grupo Caja 3, S.A.U. y, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho por abusiva, con eficacia retroactiva a la fecha de firma del contrato, de la condición general de la contratación incluida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable firmado entre las partes con actual Nº NUM000 , elevado a escritura pública de fecha 15 de Junio de 2007, como estipulaciones- cláusulas financieras- Tercera: Intereses ordinarios- (" En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al tres con setenta y cinco por ciento, ni exceder del doce por ciento"), manteniéndose la vigencia del resto del contrato; y condenar a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del referido contrato, así como a calcular un nuevo cuadro de amortización completo, aplicando desde el inicio de la revisión y para cada uno de los periodos de tiempo correspondientes el tipo de interés pactado sin aplicación de la cláusula declarada nula, contabilizando el capital que debió ser efectivamente amortizado durante el tiempo de ejecución con los pagos que se han realizado mas los intereses legales devengados desde la fecha de sus respectivos pagos. Con condena a la demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones,



para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte actora.

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

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

4º.- Observadas las formalidades legales.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

**Primero.-** Por la representación procesal de la entidad demandada BANCO GRUPO CAJATRES S. A. se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de esta ciudad con fecha 31 de marzo de 2.015 , la cual, estimando la demanda contra ella promovida por los demandantes Don Everardo y Doña Guadalupe , declaró la nulidad de la condición general de la contratación incluida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable firmado entre las partes con nº NUM000 , elevado a escritura pública de fecha 15 de junio de 2.007, como ESTIPULACIONES-CLÁUSULAS FINANCIERAS- TERCERA: INTERESES ORDINARIOS ("En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al tres con setenta y cinco por ciento, ni exceder del doce por ciento"); y en consecuencia condenó a la demandada a eliminar dicha condición general del referido contrato, así como a calcular un nuevo cuadro de amortización completo, aplicando desde el inicio de la revisión y para cada uno de los periodos de tiempo correspondientes el tipo de interés pactado sin aplicación de la cláusula declarada nula, contabilizando el capital que debió ser efectivamente amortizado durante el tiempo de ejecución con los pagos que se han realizado más los intereses legales devengados desde la fecha de sus respectivos pagos, y con imposición a la misma de las costas. Y se interesa por la referida entidad demandada en esta segunda instancia, con fundamento en las alegaciones que por su defensa se realizan en el correspondiente escrito de interposición de tal recurso, la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra desestimatoria de las pretensiones de la demanda o, en todo caso y con carácter subsidiario, sin que proceda la retroactividad de la declaración de nulidad y sin imposición de las costas correspondientes a la primera instancia.

**Segundo.-** Como primer motivo de impugnación se alega por la defensa de la entidad demandada el error en la valoración de las pruebas en que considera que había incurrido la sentencia de instancia al estimar la nulidad de la limitación de la fluctuación del tipo de interés (cláusula suelo) por considerar que los demandantes no fueron suficientemente informados, cuando, contrariamente a ello, entiende la parte recurrente que tanto de la prueba documental aportada como de la testifical practicada, en base a las consideraciones que realiza, debía llegarse a la conclusión contraria. En apoyo del referido motivo de impugnación se afirma que, por un lado, la sentencia de instancia no ha tenido en consideración el documento número 1 acompañado a la contestación a la demanda, que contiene la "solitud de préstamo" firmada por los demandantes en fecha 26 de febrero de 2.007, en la que expresamente consta de manera clara la existencia de un interés máximo y un interés mínimo, y que, por otro, se ha valorado incorrectamente la cláusula contractual contenida en la escritura pública, ya que la misma se encuentra en párrafo separado, contiene elementos de énfasis gráfico (negritas o mayúsculas) y es sencilla y clara, cumpliendo por ello los estándares de transparencia exigidos, a cuyo efecto se invoca asimismo diversa doctrina jurisprudencial.

A efectos de dar respuesta al indicado motivo de impugnación se han de realizar las siguientes consideraciones:

1ª-) Al fundamentarse el motivo de impugnación en la errónea valoración de la prueba practicada en el procedimiento, se ha de comenzar señalando (siguiendo la doctrina contenida, entre otras en la SAP. de Madrid (Sección 21) de 20 de enero de 2.006 ) que, si bien es cierto que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), no lo es menos que en forma alguna pueden imponerlas a los juzgadores ( STS 23-9-96 [RJ 1996\6720]) ya que no puede sustituirse la valoración que hizo el Juzgador de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que, se reitera, corresponde única y



exclusivamente al Juzgador «a quo» y no a las partes ( Sentencias de 18 de mayo de 1990 [RJ 1990\3740 ], 4 de mayo de 1993 [RJ 1993\3439 ], 29 de octubre de 1996 [RJ 1996\7747 ] y 7 de octubre de 1997 [RJ 1997 \7102]).

El Juzgador que recibe la prueba puede valorar la misma de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el pleno conocimiento de la cuestión, pudiéndose en la alzada verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez «a quo» de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la conjunta apreciación de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En esta dirección la jurisprudencia es constante en señalar cómo la especial naturaleza del recurso de apelación permite al Tribunal conocer «íntegramente» la cuestión resuelta en primera instancia, pudiendo no sólo revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, por lo que es factible en esta alzada examinar de nuevo todo el material probatorio y la actividad jurídico- procesal desarrollada en primera instancia y, en definitiva, resolver si el pronunciamiento de la resolución impugnada ha sido o no correcto en atención a las diligencias de hecho y resultados probatorios de la causa ( SSTS 19-2 [RJ 1991\1511 ] y 19-11-91 [RJ 1991\8411 ] y 4-2-93 [RJ 1993\827]). Ahora bien, se añade que la valoración es una cuestión que nuestro ordenamiento deja al libre arbitrio del Juez de Instancia, en cuanto que la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del juzgador, que resulta soberano en la evaluación de las mismas conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido como se encuentra por la inmediatez que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas.

Por ello cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la Sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, sin que por lo demás resulte lícito sustituir el criterio independiente y objetivo del Magistrado Juez de Instancia por el criterio personal e interesado de la parte recurrente, ya que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los elementos probatorios, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediatez del juzgador sentenciador en la primera instancia.

Se ha señalado también que para combatir la valoración probatoria que hace el Juzgador de instancia, no basta con afirmar que se ha producido dicho error, sino que deben señalarse los hechos que han sido erróneamente admitidos como probados, la prueba erróneamente valorada y razonar en qué medida el juzgador ha utilizado criterios de valoración erróneos, ilógicos, absurdos o contrarios a las reglas legales de valoración, pues de no expresarse tales circunstancias, se evidencia que la intención del apelante es simplemente sustituir el objetivo e imparcial criterio del juzgador por el suyo propio, pretendiendo una nueva valoración probatoria sin argumentos que lo justifiquen ( SAP. de Granada (Sección 5) de 8 de mayo de 2.009 ).

Y por ello, concluye la doctrina jurisprudencial que el denunciado error en la apreciación de las pruebas tan solo puede ser acogido cuando las deducciones o inferencias obtenidas por el juzgador de instancia resultan ilógicas e inverosímiles de acuerdo con la resultancia probatoria o contrarias a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica ( SAP. de LLeida de 15 de marzo de 1.999 ).

**2ª.-)** En la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , - la que aparece transcrita prácticamente en su integridad en la sentencia recurrida -, se establece que, aun partiendo de la licitud de las denominadas cláusulas suelo y de que la detallada regulación de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** contenida en la Orden de 5 de mayo de 1.994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la Ley sobre condiciones Generales de la Contratación para su incorporación, ello es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente, exigencia de transparencia que incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. A tal efecto se dice en la referida sentencia que "el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con **consumidores** y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer



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

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

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

7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 ,





C-427(sic)/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 ( núm. 86/2014 ). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

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

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

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

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

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predisuelta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de



simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 ". Y

**3ª.-)** En el presente caso, es cierto que en la denominada "solicitud de préstamo", suscrita por los ahora demandantes Don Everardo y Doña Guadalupe en fecha 26 de febrero de 2.007, se consignan, entre otros datos, los referidos al interés máximo (12,00 %) y al interés mínimo (3,75 %); y es verdad también que en la propia escritura de préstamo hipotecario concertado entre las partes en fecha 15 de junio de 2.007, en la cláusula Tercera, referida a "intereses ordinarios", se establece literalmente en su párrafo séptimo que *"en ningún caso por aplicación de la revisión que debe aplicarse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al tres con setenta y cinco por ciento, ni exceder del doce por ciento"*, y que igualmente al final de la misma se hace constar por el Notario autorizante, en aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, entre otros extremos, *"que se han establecido límites a la variación del tipo de interés, de acuerdo a la cláusula financiera tercera"*.

Pero, sin embargo, a pesar de ello, no puede afirmarse que se encuentren cumplidos los estrictos criterios de transparencia exigidos por la doctrina jurisprudencial antes mencionada, ya que, si bien es verdad que la referida cláusula en sí misma considerada puede estimarse clara y fácilmente comprensible en su contenido, no puede concluirse que los demandantes fueran conscientes de su misma existencia y en su caso de su incidencia respecto de las obligaciones económicas que asumían, dado que el tipo mínimo de interés no aparece destacado en el documento que contiene la solicitud del préstamo y en la escritura dicha estipulación se encuentra inserta dentro de la misma cláusula tercera, referida a la determinación del tipo de interés ordinario (tanto del tipo fijo inicial a aplicar en el primer periodo como del variable a aplicar en los periodos posteriores), la que presenta una considerable extensión (nada menos que ocho páginas), y sin que, contrariamente a lo afirmado en el recurso, en la redacción de la cláusula no se contiene ningún elemento de énfasis gráfico (negrita o mayúsculas), sino que la referida cláusula se encuentra redactada sin aparecer destacada en manera alguna, sino en los mismos términos gráficos que el total contenido de la estipulación tercera, lo que hace muy difícil ser consciente de la misma existencia de una limitación a la variación del tipo de interés.

En consecuencia, ha de ser rechazado este primer motivo de impugnación, procediendo mantener el pronunciamiento de la sentencia de instancia que declara la nulidad de la estipulación referida a la limitación del tipo de interés variable contenida en la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario concertado por las partes en fecha 15 de junio de 2.007.

**Tercero.-** En el segundo de los motivos de impugnación se discrepa por la entidad demandada de la eficacia retroactiva que se da en la sentencia impugnada a la declaración de nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés, alegando que se aparta tanto del criterio establecido en la STS. de 9 de mayo de 2.013 como del seguido por esta misma Audiencia, la cual ha señalado que la declaración de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas de limitación a la fluctuación de los tipos de interés no tiene efectos retroactivos, invocando asimismo diversas resoluciones en el mismo sentido de otras Audiencias Provinciales.

Ciertamente en la Sentencia de 30 de marzo de 2.015, que se invoca por la entidad recurrente, se afirmó que *"a diferencia del primer motivo de impugnación a la sentencia, la Sala tiene que dar la razón al Banco recurrente es en el alegato referido a la impugnación del carácter retroactivo de la nulidad de la cláusula que se decreta en la sentencia de instancia. Y se la debemos otorgar porque, sin dejar de reconocer cuál es el verdadero alcance de la jurisprudencia vinculante de la STS 241/2013, en la que se apoya la sentencia impugnada a efectos de declarar la abusividad y nulidad ya examinada, pero no para este otro concreto punto o tema de la irretroactividad de la sentencia, (la nulidad de la cláusula no debe afectar a la continuación del contrato ni a los pagos ya efectuados), no siendo de recibo, como ya tenemos dicho en otras resoluciones, escindir el fallo de la misma tomando aquello que sirve en un sentido, pero "interpretando" aquello en lo que no se coincide.*

*Lo cierto es que la meritada resolución del Alto Tribunal, independientemente de lo que resulte en un inmediato futuro dado que se está replanteando o ya se ha replanteado dicha cuestión con ocasión de otro recurso de casación, con comunicados ya en la prensa (finales de febrero pasado) de lo que será en su día doctrina sobre la retroactividad derivable de la nulidad de las cláusulas suelo, que se anuncia que será limitada, se decantó por la irretroactividad de los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula suelo, esto es, por afirmar que su nulidad 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 resolución judicial de que se trate (EN CADA CASO), sin que proceda su restitución; criterio acogido, a día de hoy mayoritariamente, por las resoluciones de las Audiencias que se citan y que esta Sala hace suyas íntegramente"*.



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

*Pero, como ya es sabido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 viene a admitir ahora un reconocimiento de efectos retroactivos de la nulidad de cláusulas suelo limitado hasta la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, en el ánimo de unificar criterios entre juzgados y tribunales, debiendo así los bancos reintegrar los intereses indebidamente percibidos por ese concepto desde esa fecha hasta que se dicte sentencia definitiva. Procede, por tanto, aplicar la nueva doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 25 de marzo de 2015, que corrige parcialmente la anterior establecida en la STS de 9 de mayo de 2013", y por ello que los efectos retroactivos de la declaración de nulidad establecida en la sentencia no pueden reconducirse sino desde la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, debiendo estimarse el recurso en este punto y revocado en el sentido expuesto el correspondiente pronunciamiento de la sentencia recurrida.*

**Cuarto.-** Finalmente, se impugna por la entidad demandada el pronunciamiento de la sentencia de instancia que la condenó al pago de las costas, alegando que por la existencia de importantes dudas de derecho en relación con la cuestión litigiosa procedía su revocación para no hacer especial imposición de las costas a ninguna de las partes.

En cuanto a la imposición de las costas correspondientes a la primera instancia, dispone el artículo 394. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *"en los juicios 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. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares"*. Y añade el apartado 2 que *"si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad"*.

En el presente caso se solicitó por los demandantes en su demanda que, como consecuencia de la declaración de nulidad de la estipulación referida a la limitación del tipo de interés variable, se condenara a la entidad demandada a reintegrarle el total de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la referida estipulación durante toda la vida del contrato hasta su efectiva eliminación, con sus intereses correspondientes; sin embargo, en definitiva y según lo antes expuesto, en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se limitan tales efectos a partir del 9 de mayo de 2013, es decir, se condena a la entidad demandada a devolver las cantidades indebidamente percibidas a partir de la indicada fecha.

Por tanto, ha existido una estimación parcial de las pretensiones de la demanda, que determina la aplicación del apartado 2 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por ello, aun cuando por motivo distinto del alegado en el recurso, ha de ser revocado el pronunciamiento de la sentencia impugnada para no hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas correspondientes a la primera instancia.

**Quinto.-** Al ser estimado cuando menos en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas correspondientes a esta segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 398. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y acordar la devolución a la recurrente del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

**FALLAMOS**



Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada **BANCO GRUPO CAJATRES S. A.**, representada por el Procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño, revocamos parcialmente la sentencia dicta por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 4 de esta ciudad con fecha 31 de marzo de 2.015 en el Juicio ordinario número 85/2014 del que dimana el presente rollo, y en su consecuencia declaramos que, siendo de mantener el carácter abusivo y nulo de la denominada "cláusula suelo" contenida en la estipulación tercera de la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 15 de junio de 2.007 entre la entidad demandada y los demandantes Don Everardo y Doña Guadalupe, sin embargo, dicha declarada nulidad sólo operará con efectos de 9 de mayo de 2.013 y no afectará a los pagos ya efectuados hasta dicha fecha y sin que proceda, por tanto, la devolución de las cantidades que por este concepto hayan sido pagadas por los prestatarios hasta la indicada fecha, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada, y ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas tanto en la primera instancia como en esta alzada, y procediendo la devolución a la referida entidad recurrente del depósito constituido.

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

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