



Roj: **SAP VA 791/2015 - ECLI:ES:APVA:2015:791**

Id Cendoj: **47186370032015100174**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **21/07/2015**

Nº de Recurso: **136/2015**

Nº de Resolución: **175/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00175/2015

RECURSO DE APELACION 136/2015

S E N T E N C I A Nº175

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ

En Valladolid a, veintiuno de Julio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000053 /2014, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000136 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representado por el Procurador de los tribunales, D^a. MARIA CRISTINA HERRERAS HERRERAS, asistido por el Letrado D. ANA. ARROYO MARIN, y como parte apelada, DIRECCION000 C.B con sus hijos Alonso , Sonsoles , Adriana , representado por el Procurador de los tribunales, D^a. ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN, asistidos por el Letrado D. JESUS RODRIGUEZ MERINO, sobre: nulidad de condición general de contratación y reclamación de cantidad, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 30 de Diciembre de 2014, en el procedimiento En el JUICIO ORDINARIO Nº 53/2014-D del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por D. Felipe , quien actúa en su propio nombre y derecho y en beneficio de la comunidad que forma con sus hijos don Alonso , doña Sonsoles y doña Adriana , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. **DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD** de la cláusula tercera bis, apartado 4 dedicada a "Límites de variabilidad del tipo de interés aplicable", manteniéndose la vigencia del contrato sin el límite de suelo del 2,25% fijado, **CONDENANDO** a la entidad bancaria a restituir las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la misma desde el 1 de abril de 2010 hasta la fecha de la presente, más el interés legal desde la interposición de la demanda hasta esta fecha y, desde la presente resolución, los



del art. 576 LEC . No se hace imposición de costas". Que ha sido recurrida por la representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, oponiéndose al mismo la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 16 de Julio de 2015 para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la litis: motivos del recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Por el recurrente se interpone recurso en base a dos motivos esenciales:

1. Se sostiene en el recurso de apelación que el demandante era conocedor de la cláusula litigiosa y existió suficiente información sobre la inclusión de la misma en el contrato y sobre las consecuencias económicas de su incorporación en dicho contrato con carácter previo a su suscripción. Como fundamento de tales afirmaciones indica que se aportaron con la contestación a la demanda documentos que así lo acreditan: oferta inicial (doc. 3), emails de contestación a información en los que se concreta el tipo mínimo (doc. 5), oferta vinculante a pesar de no ser precisa por la cuantía de la operación (doc. 7), y minutas de las escrituras públicas de préstamo (doc. 8 y 9), añadiendo que el fedatario público cumple una función de garantía, con presunción de exactitud y veracidad de la escritura pública que no ha sido desvirtuada en el presente caso. También se señala que la plataforma *on line* ("oficinadirecta.com") tenía un simulador para poder verificar la forma en que operaban las cláusulas del préstamo hipotecario.

2. Por último, se pretende por el recurrente que revoque la condena a la devolución de las cantidades pagadas por el actor en aplicación de la cláusula de limitación del tipo de interés, pues supone aplicar retroactivamente los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual cuestionada, lo que carece - en su opinión- de apoyo legal o jurisprudencial.

SEGUNDO . - Sobre el control de transparencia e incorporación de la cláusula litigiosa al contrato de préstamo

Al estar en presencia de una condición general, un primer *control* a realizar es el de *incorporación* en los términos del art. 5 y 7 de la Ley 7/98 (transparencia, claridad, concreción y sencillez) por el propio redactado y ubicación física de la cláusula litigiosa. En concreto, se incluye en la cláusula TERCERA BIS, cuyo apartado 1 se refiere al "TIPO DE INTERÉS VARIABLE". En nuestra opinión, no puede dudarse de la correcta *ubicación* de la cláusula en el contrato, pues la misma consta de 6 apartados, el primero de los cuales relativo al tipo de interés variable y el cuarto refiere una limitación a dicha variabilidad. Esto es, el concreto posicionamiento de la cláusula se estima como correcto y no genera dudas sobre la adecuada incorporación al contrato, pues se efectúa justo después de que en los anteriores apartados se exponga cómo se calcula el interés nominal del préstamo, con las posibles bonificaciones del diferencial, y establecimiento de un tipo de interés sustitutivo del Euribor. Por otra parte, su incorporación a la citada cláusula TERCERA BIS se realiza de forma diferenciada bajo la rúbrica (en mayúsculas y negrita) "LIMITE DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERES APLICABLE".

Sin embargo, sí que ofrece mayores dudas el hecho de que el concreto tipo de interés mínimo aplicable (2,25%) no aparezca resaltado en negrita, a diferencial del resto de tipos incluidos en la citada cláusula TERCERA BIS: adición del diferencial de 0,68% al tipo básico de referencia (tipografía en negrita hasta en dos ocasiones en el apartado 1), diferencial del 0,50% adicionado al tipo sustitutivo que resulte de aplicación (también en dos ocasiones aparece resaltado en negrita; apartado 3), tipo máximo del interés nominal a efectos hipotecarios del 6,75%, y del 16,75% para el moratorio (ambos en negrita en el apartado 5, sobre el cálculo de la responsabilidad hipotecaria).

Por otra parte, en relación a la *claridad* de la cláusula en cuestión, hemos de reconocer que la misma, analizada autónomamente, es sencilla y diáfana en su interpretación, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá en relación a la comprensión de su real por el prestatario de la carga económica y jurídica de la misma al ponerse en conexión con otras cláusulas contractuales.

En consecuencia, en cuanto a este primer control de incorporación, considera esta Sala que existen motivos suficientes para concluir que la concreta plasmación de del tipo mínimo de interés aplicable pudo pase inadvertida al **consumidor** en el momento de prestar su consentimiento, implicando una falta de conocimiento de la concreta carga económica y jurídica a la que se estaba obligando, a partir de la información que le proporcionó el empresario. En este sentido resulta de aplicación lo dispuesto en el f. 221 de la STS 9 de mayo de 2013 que dice 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 impropiaamente 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".

En segundo lugar, es necesario llevar a cabo un segundo análisis o control de transparencia a fin de constatar 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" (f. 211). Es decir, "Las cláusulas suelo son 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" (f. 256) sin que sea "(...) preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-" (f. 257). En fin, es un "control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato" (f. 215b).

El propio Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del **consumidor** de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: "las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo". Podemos concluir, por tanto, que a través de dicho control es preciso alcanzar el convencimiento que el **consumidor** comprende que contrata un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. En tal caso, la cláusula suelo sería lícita.

En concreto, la circunstancias expuestas en el f. 225 de la STS de 9 de mayo de 2013 son las siguientes:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**.

En el caso que nos ocupa, en un préstamo a devolver en 30 años es necesario que la entidad financiera acredite que el **consumidor** comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar. Como dice el f. 218 "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".

Así, en primer lugar, resulta que examinado el apartado 4 de la cláusula TERCERA BIS junto con el resto de apartados de la citada cláusula (especialmente el apartado 1 relativo a la bonificación del diferencial aplicable), su comprensión se vuelve contradictoria, pues resulta confuso de la lectura del contrato si serán de aplicación estas bonificaciones en el diferencial (en un 0,35%) por productos contratados cuando el tipo de interés aplicable resulte inferior al 2,25%.

En segundo lugar, y en relación con la insuficiente información suministrada al **consumidor**, y la falta de otorgamiento por la entidad recurrente de la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, hemos de coincidir con el juzgador de instancia en que la información precontractual ofrecida por la entidad bancaria *on line* (apartado "condiciones"), no era del todo clara pues se mencionaba que se realizarían revisiones anuales de intereses mediante la fórmula de Euribor + 0,38% sin redondeo, resaltando en negrita la palabra "Euribor", y el diferencial (0,38%), mientras que debajo, en un tamaño de letra llamativamente más reducido, y sin resalte alguno, se indicaba que el tipo de interés mínimo era del 2,25% (doc. 3). En relación con el resto de documentos aportados por la demandada (oferta vinculante y minutas) no consta la recepción efectiva por parte del actor y, en concreto, respecto de la oferta vinculante, no se encuentra firmada por el demandante, lo que impide tomarla en consideración.



Resulta asimismo que no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones, ofreciendo al **consumidor** los posibles escenarios de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato, de tal manera que llegara a comprender que estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. Señala la entidad recurrente que en la página web donde se contrató estaba a disposición de los usuarios un simulador, sin embargo, en ninguno de los correos aportados por la demandada se incide en la forma en que la discutida cláusula va a influir en la vida del contrato y sus concretas consecuencias, sino que toda la información suministrada se centró en las características de la finca a hipotecar, tasación, etc...

En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que BANCO PASTOR (actualmente BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el **consumidor**, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo, estimándose en consecuencia que la cláusula contractual TERCERA BIS apartado 4, no supera el preceptivo control de incorporación, ni tampoco el denominado control de transparencia exigido, motivo por el que procede la desestimación de la apelación interpuesta.

TERCERO .-Sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sometida a consideración

Sobre esta cuestión ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Audiencia, sus dos Secciones civiles (por todas, sentencias 30 de Octubre de 2014 Rollos 192/14 y 192/14 , o la sentencia de 8 de abril de 2015) en sentido contrario al criterio mantenido por el juez de instancia en la sentencia recurrida.

En las citadas resoluciones señalamos que el hecho de que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2014 carezca de la fuerza de la cosa juzgada y de fuente de derecho, no significa que no sea eficaz y oponible en todos aquellos supuestos en que se ventile un análogo conflicto o se formule una similar pretensión, como es el caso. Ha de tenerse en cuenta a este respecto, de una parte, que de acuerdo con el artículo 1.6 del Cc la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, y que la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, permite interponer recurso de casación por interés casacional (artículo 477 apartados 2.3 º y 3 LEC); y por otra parte, que tampoco estamos ante doctrina nueva y única, es decir, que se haya formulado por primera vez con motivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, ya que la limitación o modulación que en dicha sentencia se hace de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, atendiendo a la modalidad negocial, la causa o el motivo de la nulidad determinante de la nulidad o del juego de los principios generales que informan el ordenamiento judicial, riesgos previsibles y circunstancias concurrentes, es una doctrina que se enmarca en una anterior y consolidada línea jurisprudencial contenida en Sentencias anteriores que cita del Tribunal Supremo (26 de febrero de 2009 ; 15 de abril de 2009 , 15 de enero de 2010 13 de marzo de 2012), además de en una posibilidad igualmente admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica (SSTC 16-6-1995 ; 12 de febrero y 28 de marzo de 2011) e incluso en el propio Tribunal de la Unión Europea(STJUE de 21 de marzo de 2013), atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y riesgos de trastornos graves.

El artículo, Art.1303 C. Civil no puede aplicarse mecánicamente y literalmente con independencia de la figura contractual de que se trate o de la causa de la nulidad, sino que la restitución de las recíprocas prestaciones habrá de ajustarse racionalmente de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico.

Nos encontramos en suma, como se argumenta en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 6 de marzo de 2014 y 24 de julio de 2014 *"no ante una anormalidad o una excepcionalidad, sino ante uno de los supuestos (la concreta causa de la declaración de nulidad) que la jurisprudencia ha valorado reiteradamente a los efectos de graduar la sanción que la nulidad lleva en principio aparejada. Supuesto en el que además concurren circunstancias específicas que refuerzan la opción por la modulación de la sanción". Y añade, también con acertado criterio, "que no estamos ante una sentencia más sino ante una sentencia dictada en un recurso cuyo conocimiento se ha abocado al pleno de la Sala precisamente con la finalidad de fijar y consolidar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 1303(véase artículos 197 y 264 de la LOPJ) no pueden los órganos jurisdiccionales inferiores desatender los dictados de aquella resolución, salvo motivación suficientemente fundada que justifique las razones excepcionales del apartamiento. Otra postura implicaría no solo desconocer las funciones integradora y unificadora de la jurisprudencia sino obviar el principio constitucional de seguridad jurídica"*.

Se dice también, que el factor de orden público económico que contempla la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de mayo de 2013 , no se ve afectado por una sentencia y ejecución individual o singular que además es de escasa cuantía. Argumento que igualmente consideramos endeble e inconsistente, pues, además de que el riesgo de afectación del orden público no es sino uno más, y no el más importante, de los muchos



factores que determinaron el fallo de dicha Sentencia, es evidente que la adecuada resolución del presente conflicto no puede abordarse como algo aislado y ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en miles de contratos, que es precisamente la razón a la que alude el Tribunal Supremo. La limitación de los efectos de la nulidad que declara, no viene condicionada o determinada por el tipo de acción que se ejercita, individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, partiendo de relaciones establecidas de buena fe, y de la conveniencia de evitar riesgos de trastornos graves con trascendencia de orden público económico, siendo por lo demás evidente, que entre uno u otro procedimiento existe una sustancial coincidencia, objetiva y causal y que esos riesgos que el Tribunal Supremo toma en consideración, también se producirían con la simple suma o acumulación de demandas individuales, al margen de la injusta discriminación que para los justiciables supone el trato diferenciado dependiendo de que se ejercite una acción individual o colectiva.

Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, la cual ha establecido que: *"4. Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra "K" del párrafo 293 afirma que: "Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas."*

Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

Finalmente, el Alto Tribunal añade que en el FJ 10º que: *"una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el 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".

En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de apelación en el sentido de acordar la restitución al prestatario de los intereses que hayan sido abonados en cumplimiento de la cláusula declarada nula desde la fecha de publicación de la sentencia de pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

CUARTO .- Estimamos parcialmente en mérito a todo lo expuesto el presente recurso de apelación en este único particular y revocamos parcialmente la sentencia apelada en los términos que luego se dirá, no haciendo especial pronunciamiento con respecto a las costas originadas en ninguna de las instancias, las de la primera por hallarnos ante una estimación parcial de la demanda; y las de esta Alzada atendido el éxito del recurso, todo ello de conformidad con lo estatuido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia de 30 de diciembre de 2014 dictada en Juicio Ordinario 53/2014 D seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 1 de Valladolid y **REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha resolución, con el único objeto de declarar la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo (estipulación tercera bis 4) en los términos señalados en el fundamento de derecho tercero, fijando la publicación de la sentencia de pleno del TS de 9 de mayo de 2013 como fecha a partir de la cual el Banco demandado viene obligado a reintegrar a la actora, las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la no aplicación del interés variable pactado. **DEJAMOS SUBSISTENTES** y **CONFIRMANDO** el resto de sus pronunciamientos, no haciendo especial pronunciamiento con respecto a las costas originadas en ninguna de las instancias.



De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ