



Roj: **SAP LE 203/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:203**

Id Cendoj: **24089370012016100051**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2016**

Nº de Recurso: **43/2016**

Nº de Resolución: **60/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, León, núm. 8, 09-10-2014 ,
SAP LE 203/2016**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA: 00060/2016

ROLLO 43/2016

ORDINARIO 169/2014

JUZGADO: LEON 8 Y MERCANTIL

SENTENCIA Nº 60/2016

Ilmos. Sres:

D^a. Ana del Ser López.- Presidenta

D. Manuel García Prada.- Magistrado

D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado

En León a Tres de Marzo de 2016.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num. **43/2016** , en el que han sido partes **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** , representado por el procurador D. Ildefonso del Fuego Álvarez y asistido por el letrado D. Juan Barthe Marco, como APELANTE, y **D. Rodrigo y D^a Rosario** , representados por el procurador D. Javier Suárez-Quiñones Fernández y asistidos por el letrado D. Ramón Quiroga Martínez, como APELADOS. **Interviene como Ponente del Tribunal para este trámite el ILTMO. SR. D. Ricardo Rodríguez López.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En los autos nº 169/2014 del Juzgado de 1ª Instancia número 8 y Mercantil de LEÓN se dictó sentencia de fecha 9 de octubre de 2014 , cuyo fallo, literalmente copiado dice: "*ESTIMO SUSTANCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Javier Suárez-Quiñones Fernández en nombre y representación de Rodrigo y Rosario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, y en consecuencia declaro la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés recogida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada entre las partes en fecha 13 de octubre de 2006, y condeno a la demandada a su inaplicación y a la devolución de las sumas indebidamente percibidas con su aplicación desde el 9 de mayo de 2013, a determinar en ejecución de sentencia, así como al pago de las costas procesales* ".



SEGUNDO .- Contra la precitada Sentencia se interpuso recurso de apelación por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado al apelado que lo impugnó en tiempo y forma. Sustanciado el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron en legal forma las partes en el plazo concedido al efecto. Por el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López, y se remitieron las actuaciones a la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal, en la que tuvieron entrada el día 5 de febrero de 2016. Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 1 de marzo de 2016.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación del objeto del recurso de apelación.

La sentencia recurrida estima la demanda presentada y declara la nulidad de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés del contrato de préstamo suscrito por las partes.

La entidad financiera demandada interpuso recurso de apelación por considerar que de un adecuado control de transparencia no se infiere abusividad de la cláusula que se anula en la sentencia recurrida.

SEGUNDO .- Sobre el efecto de cosa juzgada de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015 (recurso 2658/2013).

La citada sentencia confirma la de fecha 26 de julio de 2013 (recurso 161/2012) dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid que acuerda declarar la nulidad de, entre otras: " 1.- *la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, condición general primera. 3.3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.* ". Y expresamente declara que quedará afectada por la declaración de nulidad que se pronuncia en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil dictada en primera instancia que, en el apartado B) de su fallo, ordena la cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

La cláusula de limitación de la variación del tipo de interés aplicable es la cláusula nº 3.3 del contrato de préstamo del Banco Popular, como así se indica en el apartado a/ del punto 1º del suplico de la demanda, que se transcribe en el antecedente de hecho primero de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (autos de juicio ordinario 177/2011). Y la cláusula es del siguiente tenor: " *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 CUATRO CINCUENTA POR CIENTO* " (fundamento de derecho decimotercero de la sentencia, apartado 99).

La cláusula declarada abusiva por la sentencia de la Audiencia Provincial, ya firme, es idéntica a la que nos ocupa, con la única particularidad de que en el caso que nos ocupa el tipo mínimo es algo más bajo (solo el 4%); circunstancia esta irrelevante porque el control que se efectúa no es de contenido (mayor o menor desproporción entre el límite mínimo y las condiciones de mercado) sino de transparencia sustantiva (comprensión de los riesgos económicos y del reparto de riesgos entre los contratantes). Y así se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014 (recurso 1217/2014): " *Por otra parte, tampoco puede ser compartida la valoración determinante que la sentencia de la Audiencia realiza sobre la diversidad de los tipos mínimos aplicados, para excluir el carácter de condición general de las cláusulas suelo, pues conforme a la doctrina expuesta, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta* ".

La sentencia de la Sección 28ª de la AP de Madrid declara la nulidad de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés, que es -como se ha indicado- idéntica a la que nos ocupa, y hasta se ubica sistemáticamente como apartado 3.3 de las condiciones financieras.

Sobre la base de tales precedentes, no queda sino proclamar el efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada por la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmada por la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ya citada. Efecto de cosa juzgada que se proclama en otra sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015 (recurso 138/2014): " **CUARTO**.- *Consideraciones sobre el Motivo del recurso. 1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgado en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación [...] 6. Es por todo ello que la Sentencia recurrida concluye, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, que la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula, afirmándose en este*



extremo que puede declararse que existe carencia sobrevenida del objeto. A tal conclusión llega en atención a la: i) identidad de la misma con las relativas a las de tipos de interés que fueron declarados nulos por la sentencia de 9 de mayo de 2013 ; ii) que, tras la firmeza de esta sentencia, el BBVA devino condenado a su eliminación; iii) a que tal declaración y condena, con cita de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 , surte efectos para cualquier **consumidor** que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los **consumidores** que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación" .

En definitiva: la nulidad declarada abarca la cláusula impugnada en el presente procedimiento y provoca un efecto prejudicial de cosa juzgada (efecto positivo de cosa juzgada) que, incluso, podría ir más allá de la mera vinculación prejudicial y producir un efecto excluyente propio de la cosa juzgada material (efecto negativo de cosa juzgada). Sólo podría este tribunal resolver, en su caso, sobre los efectos derivados de la anulación, que no se someten al ámbito de la acción colectiva y entran en el esfera de la acción individual, como así se indica en la sentencia del TS de fecha 25 de marzo de 2015 , antes citada: " Al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula, sin que tampoco quepa estimar cualquier otra excepción que impida ofrecer respuesta al recurso de casación, según ya se ha adelantado " .

No obstante, y solo como reiteración de lo establecido en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015 , citamos los siguientes apartados de dicha sentencia que dan respuesta a los motivos de impugnación del recurso de apelación:

- Decisión 2 de la Sala (fundamento cuarto, primer motivo): " Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con **consumidores** que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del **consumidor**, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el **consumidor** en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación " .

- Y decisión 2 de la Sala (fundamento cuarto, tercer motivo): " Podemos coincidir con el recurrente en que la cláusula suelo utilizada por el "Banco Popular" es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, incluida la que en este caso compareció como codemandada. Pero como acertadamente advierte la Audiencia Provincial no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en el 4,50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Además, como también indica la resolución recurrida, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo (el 4,50%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el **consumidor** no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza " .

Nos remitimos, por lo demás, a lo expuesto en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y también a los fundamentos y decisión de la dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial en relación con todo lo relativo al control de transparencia de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés (préstamos contratados por el Banco Popular).



En este caso, además, se da la particularidad de que ni consta oferta vinculante previa al contrato ni tampoco que el notario hubiera realizado el preceptivo control para comprobar que se hizo tal oferta y que las condiciones financieras son coincidentes con las del préstamo. Tampoco consta advertencia notarial sobre la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés del préstamo.

TERCERO .- Sobre el ámbito objetivo y subjetivo de los efectos derivados de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 .

Las acciones colectivas conducen a un control abstracto, al que se alude ya en la primera de las dictadas en relación con la cláusula "suelo", de fecha 9 de mayo de 2013. Estas acciones producen efectos en relación con todos los contratos en los que se incorporan cláusulas idénticas o semejantes cuando en ellos hayan participado **consumidores**, como se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, y es lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores** cuando establece: " 1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los **consumidores** y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y **consumidores**. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los **consumidores**, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas ". Precepto que ha sido transpuesto a nuestro ordenamiento interno en el artículo 11 de la LEC , y que tiene su proyección objetiva en la delimitación del ámbito subjetivo de eficacia de la sentencia en el artículo 221. 1, regla segunda: " 2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los **consumidores** y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente " .

Esta eficacia general se reseña en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª) de fecha 26 de abril de 2012 (asunto C-472/2010): " 43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con **consumidores**, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los **consumidores** que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula " .

La sentencia que confirma la dictada por el Tribunal Supremo, de fecha 23 de diciembre de 2015 , confirma la sentencia recurrida en la que se acuerda declarar que " quedarán afectadas por la declaración de nulidad ", entre otras, las referidas a la limitación de la variación del tipo de interés variable, y deja incólume el pronunciamiento B) del fallo de la sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil que da una orden general de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Por lo tanto, la anulación y sus efectos se extienden a todos los **consumidores** y usuarios, sin limitación ni restricción alguna.

CUARTO .- Efectos derivados de la anulación de la cláusula suelo.

La sentencia dictada cumple escrupulosamente con el criterio sustentado por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015 , que en el apartado 3 de su fallo acuerdo: " Estimar, asumiendo la instancia, el recurso de apelación interpuesto por BBVA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que los efectos de restitución derivados de la declaración de nulidad de la cláusula no se extienden a los pagos de intereses efectuados en aplicación de ella anteriores a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 " .

Este era el criterio sustentado por este tribunal de apelación, y que, lógicamente, seguiremos aplicando por su conformidad con el establecido por el Tribunal Supremo.

QUINTO .- Costas.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC , en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas



todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Rige, por lo tanto, el principio de vencimiento objetivo que implica la condena del apelante al pago de las costas procesales generadas por el recurso de apelación interpuesto y totalmente desestimado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2014 , dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, se confirma en su integridad, con expresa condena de la apelante al pago de las costas generadas por el recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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