



Roj: **SAP OU 96/2016 - ECLI:ES:APOU:2016:96**

Id Cendoj: **32054370012016100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2016**

Nº de Recurso: **118/2015**

Nº de Resolución: **93/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Ourense, núm. 4, 04-12-2014,
SAP OU 96/2016**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00093/2016

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 93

En la ciudad de Ourense a cuatro de marzo de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense, seguidos con el n.º 133/14, Rollo de apelación núm. 118/15, entre partes, como apelante la entidad Banco Popular Español, S.A., representado por la procurador de los tribunales D.ª María Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del letrado D. Alfonso Espada Méndez y, como apelados, D. Heraclio y D.ª Apolonia, representados por la procurador de los tribunales D.ª María José Conde González, bajo la dirección del letrado D. Jesús Garriga Domínguez.

Es ponente la Ilma. Sra. D.ª. Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 4 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. *María José Conde*, en nombre y representación de D. *Heraclio Y DOÑA Apolonia*, contra Banco Popular Español S.A. debo declarar y declaro:

1.- *La nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de la condición general de la contratación contenida en la cláusula TERCERA BIS 4 del préstamo hipotecario, formalizado por el demandante y la entidad BANCO PASTOR S.A. (actualmente, Banco Popular Español S.A.) en fecha 17 de JUNIO de 2008, ante el Notario del Ilustre Colegio de Galicia, D.ª María Covadonga Vázquez López (n.º protocolo 699, que expresamente dice lo siguiente: "Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al TRES COMA CINCUENTA por ciento nominal anual, ni superior al 12,500% nominal anual".*



2.- Se condena a la entidad financiera demandada a eliminar dichas condiciones generales de la contratación de los contratos de préstamos hipotecarios a interés variable suscritos con los demandantes y que son objeto de la presente demanda.

3.- Se condena a la entidad demandada a pagar (devolver) a los actores las siguientes cantidades: CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS, CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (4.446'68 €), importe que resulta de la diferencia entre la cantidad abonada por el demandante conforme a la cláusula de límite mínimo de tipo de interés (cláusula suelo), y la que realmente hubiera debido abonar sin la barrera del límite de interés, más el interés legal incrementado en dos puntos conforme el art. 576 LEC

4.- Se condena a la entidad demandada a reintegrar a los actores prestatarios todas aquellas cantidades que paguen en exceso desde la fecha de redacción de demandada y durante la sustanciación de este procedimiento, hasta que se deje de aplicar por ejecución de la sentencia que se dicte.

5.- Se condena a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado hasta la presentación de la presente demanda y también el que deba ser amortizado durante la sustanciación de este procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dicte.

6.- Se condena a la entidad demanda a abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

7.- Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad *Banco Popular Español, S.A.*, recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

PRIMERO.- La cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo con garantía hipotecaria, concertado en 17 de junio de 2008, no cumple los requisitos sobre transparencia doctrinalmente exigidos, tal como se argumenta en la sentencia apelada, cuyos razonamientos en cuanto a este extremo se tienen por reproducidos. Así, tratándose de una cláusula predispuesta por la entidad bancaria destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos similares, no se destaca de forma adecuada, ni se le da la relevancia que corresponde, sino que la propia entidad bancaria predisponente le da un tratamiento impropia y secundario, incluyéndola entre un conjunto de cláusulas accesorias y de datos irrelevantes, en una redacción farragosa y difícilmente comprensible, de modo que no responde a las exigencias del control de transparencia que impone la STS de 9 de mayo de 2013, dictada en interpretación de la normativa protectora de los derechos de los **Consumidores**. Como indica dicha resolución jurisprudencial, "está enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas, que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que, considerado aisladamente, sería claro". Como ya ha tenido ocasión de declarar esta misma Sala de apelación en resolución de supuestos análogos.

Tal como se contempla en dicha sentencia del Tribunal Supremo (241/2013) "el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza". "Es decir, la cláusula suelo así pactada era susceptible de inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato, que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia, ilimitadamente.

SEGUNDO.- En cuanto a la información previa prestada por la entidad bancaria demandada, su prueba quedó reducida al testimonio prestado por los empleados de la entidad bancaria, quienes manifestaron haber informado verbalmente de los efectos de dicha cláusula al demandante, sin que conste debidamente probado se hubiesen mostrado previamente simulaciones, ni la existencia de oferta vinculante entregada al **consumidor** en la que se incluyera la cláusula referida. Se ha indicado por esta misma Sala en su sentencia de 14 de abril de 2015, entre otras, "al margen de lo anterior tampoco se cumplen el resto de los requisitos previstos por la comentada sentencia del Tribunal Supremo para considerar que la cláusula es transparente y, por tanto, lícita: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto



principal del contrato; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades del préstamo de la propia entidad, en caso de existir, o advertencia de que el concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas, no siendo suficiente que en la oferta vinculante cursada a los ejecutados se incluyera la cláusula referida". Por lo que también se concluía, "en suma, la cláusula suelo objeto de litis no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, exigidos por la legislación protectora de los **consumidores**, y, por ello, conforme a los artículos 80.1 , 82 y 83 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , ha de ser considerada ilícita por cuanto contra las exigencias de la buena fe, causa un perjuicio de los **consumidores** un desequilibrio importante en el contrato, teniendo en cuenta el objeto del contrato en el que está incluida y el concepto de equilibrio y buena fe elaborados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 . Por ello, aceptándose los razonamientos contenidos al efecto en la resolución apelada, la declaración de nulidad de la cláusula suelo ha de ser mantenida". En consecuencia, se confirman, los pronunciamientos contenidos en el fundamento jurídico primero al octavo de la sentencia apelada.

TERCERO.- En cuanto a los efectos de dicha declaración de nulidad, debe ser estimada la alegación quinta del recurso de apelación, por cuanto, como ya ha tenido ocasión de declarar esta misma Sala de apelación, "considera el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 , (doctrina reproducida en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015), que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico a las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , pone coto a los efectos absolutos, inevitable y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

De esta forma denegó la eficacia retroactiva a la nulidad, entendiendo que la facultad de decretarlo así cuenta con el respaldo del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando concurren dos requisitos: buena fe en los círculos interesados y riesgo de trastornos graves, entendiendo que dichos requisitos concurren en los supuesto resueltos."

Aplicando al caso la doctrina expuesta ha de concluirse que la nulidad de la cláusula estudiada no autoriza a exigir que se revise la liquidación de la cuenta asociada al préstamo desde su inicio pero sí ha de afectar a los intereses ordinarios que no habían sido satisfechos en el momento de presentación de la demanda y cuya liquidación fue realizada conforme a la cláusula suelo anulada", desde 9 de mayo de 2013. De modo que procede acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Estimándose en parte el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo establecido en el art. 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace expreso pronunciamiento en costas.

Procede, finalmente, decretar la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar, en aplicación de la disposición adicional 15ª Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Popular Español, SA, contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense , en autos de Juicio Ordinario n.º 133/14, Rollo de apelación núm. 118/15, cuya resolución se revoca parcialmente y estimando también en parte la demanda, se mantiene la declaración de nulidad acordada en la instancia, acordando se proceda al recálculo de los intereses ordinarios, con exclusión de la cláusula suelo, desde 9 de mayo de 2013, sin efectuar una expresa imposición de las costas en ninguna de ambas instancias.

Devuélvase a la recurrente la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas optar, en su caso , por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en el plazo de veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia.



Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ