



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00048/2015

Notificado 20-02-2015

SENTENCIA NÚMERO 48/15

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

DOÑA MARTA SANCHEZ PRIETO

En la ciudad de Salamanca a dieciseis de febrero de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO Nº 542/13** del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 9/15**; han sido partes en este recurso: como demandantes-apelados **DON XXXXXXXXXXXXX** y **DOÑA XXXXXXXXXXXXX** representados por la Procuradora Doña Maria Teresa Domínguez Cidoncha y bajo la dirección del Letrado Don Elías Plaza López-Berges y como demandado-apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** representado por el Procurador Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y bajo la dirección de la Letrada XXXXXXXXXXXXXXXX, habiendo versado sobre **declaración de nulidad de clausula contractual (clausula suelo)**.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 8 de octubre de 2014 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera 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. Domínguez Cidoncha en nombre y representación de Dª



XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y D. XXXXXXXXXXXXXXXX, contra BANCO POPULAR, S.A., y en consecuencia:

1.- DECLARAR la nulidad del párrafo insertado en la cláusula 3.3 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de Abril de 2002, relativo a la fijación de una limitación a la variación del tipo de interés variable aplicable fijado en la escritura de préstamo hipotecario, o cláusula suelo, cuyo texto es el siguiente: “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 CINCO...”, por abusiva, manteniéndose la vigencia del contrato en todo lo demás.

2.- CONDENAR a la demandada:

a) a estar y pasar por dicha declaración.

b) a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de Abril de 2002.

c) a recalcular y rehacer, con efectos desde la fecha de interposición de la demanda -excluyendo la aplicación del interés estipulado en la “cláusula suelo” declarada nula-, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario al interés variable pactado con los prestatarios de Euribor+1,25%, aplicándose a dicho diferencial las bonificaciones que en su caso concurren.

d) a la devolución de cuantas cantidades hayan sido abonadas de más por la demandante por la aplicación de la referida cláusula suelo desde la interpelación judicial, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

e) a ejecutar cuantos actos sean necesarios a fin de dar cumplimiento a los anteriores pronunciamientos, así como a correr con los gastos que comporten los mismos.

f) al abono de las costas causadas en el presente procedimiento.”

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte resolución estimatoria del mismo acordando revocar la sentencia recaída en la instancia, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda formulada por DON ROBERTO XXXXXXXXXXXX y DOÑA XXXXXXXX CONCEPCION

XXXXXXXXXXXXXXXXXX, absolviendo a mi mandante de cuantas peticiones se formulan en la misma, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se confirme la sentencia de instancia en todas sus partes, imponiendo las costas del recurso a la recurrente.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **seis de febrero de dos mil quince** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandada-apelante fundamentó su recurso en infracción del artículo 218.2 en relación con los artículos 319 y 326 LEC, por error en la valoración de la prueba practicada sobre el cumplimiento del control de transparencia, así como en la eficacia no retroactiva de la nulidad de las cláusulas de limitación del tipo de interés de conformidad con la prudencia aplicable.

La parte actora se opuso dicho recurso.

SEGUNDO.- Así las cosas, es preciso indicar inmediatamente que la solución del conflicto objeto del presente juicio exige partir necesariamente de la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, de 9-5-2013, nº 241/2013, rec. 485/2012. Pte: Gimeno-Bayón Cobos, Rafael. De la que se interesa destacar según el Auto de aclaración del TS del 3 de junio de 2013 el perfecto conocimiento de la cláusula, de su transcendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente. Esto es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

El auto de aclaración antes referido, determina que la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva sin necesidad de que concurra otro requisito.

También refiere que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente, ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.

TERCERO.- Pues bien, sobre la base de la doctrina contenida en la sentencia anteriormente citada, no cabe, pues, sino concluir que en modo alguno elimina el carácter abusivo de la cláusula objeto de juicio que esté avalada legalmente, y sea plenamente válida al amparo de la normativa aludida. Tampoco elimina dicha declaración de abusividad el hecho de que de acuerdo con la escritura el consentimiento del prestatario haya sido informado y libremente prestado. Y, en fin, el carácter abusivo de dicha cláusula no depende del contenido de la misma, que como se desprende de la sentencia antes indicada es totalmente lícito, sino de su transparencia, claridad y del proceso de información que se haya llevado a cabo con respecto al consumidor hipotecado.

En efecto, conforme a la citada STS Pleno, el hecho de que dicha cláusula sea un elemento configurador del precio y del objeto del contrato, no determina que no nos encontremos ante una condición general de la contratación, ni tampoco que no pueda llevarse a cabo el control de su carácter abusivo, puesto que su naturaleza de condición general de la contratación deriva de la forma en que dicha contratación se haya llevado a cabo, de forma predispuesta y sin una negociación individual. Y aunque, como se dice en la citada sentencia del pleno del T.S, al constituir dicha cláusula un elemento configurador del precio y del objeto del contrato, está excluida de su control como cláusula abusiva, ello no implica que dicho control no pueda llevarse a cabo en lo que se refiere al proceso de formación de la voluntad, fundamentalmente en lo que se refiere a la transparencia y claridad de su contenido.

A este respecto, la parte apelante hace supuesto de la cuestión cuando afirma que la cláusula suelo objeto de juicio es transparente, no es oscura y proporciona una información suficiente y comprensible, puesto que se trata de una cláusula (la cláusula tercera) que ocupa nada menos que más de 5 folios), siendo aún mayor tal oscuridad en lo que a la oferta vinculante se refiere, cuya cláusula 3ª bis- al folio 101 de los autos- es ilegible para esta sala y para cualquiera. Cláusula , como se ha dicho, tan amplia y con tantas explicaciones que sin duda distraen la atención del consumidor, y la convierten en una cláusula que no parece propiamente que defina el objeto principal del contrato, defecto al que también se refiere la citada STS para determinar la nulidad de cláusulas como la presente. Cuya falta de transparencia, claridad, sencillez y concisión, no se ha acreditado tampoco que hayan sido suplidas por la información llevada a cabo por la parte ejecutante. Información que, por otra parte, los consumidores ejecutados no consta que por su especial perfil inversor no necesitasen. En definitiva, la cláusula examinada carece de la transparencia exigida por la ley, según la citada sentencia del pleno Tribunal Supremo, por cuanto de la escritura pública se puede colegir la falta de información suficientemente clara acerca de las consecuencias de su inserción para el ejecutado, no existiendo simulaciones de escenarios diversos, ni constancia de que se informara de otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

Tales deficiencias en modo alguno pueden considerarse suplidas por la declaración contenida en el contrato de adhesión recogido en la escritura pública objeto de juicio sobre que el consentimiento ha sido libremente prestado, el otorgamiento se adecua a la legalidad y la voluntad debidamente informada de los intervinientes y de todo lo consignado en este instrumento público. Toda vez que no consta que dicha manifestación contractual haya sido negociada individualmente con los aquí ejecutados, y dicha falta de prueba sobre el carácter negociado individual de tal cláusula obliga a presumir que se trata de una cláusula general más del contrato, que los consumidores no tuvieron más remedio que aceptar, una vez que tomaron la decisión de celebrar dicho contrato. Todo ello de acuerdo con las diferencias que la citada sentencia recoge sobre la contratación con condiciones generales de la contratación, como ocurre en los contratos de adhesión, de los que las entidades de crédito, como la aquí apelante, es un hecho notorio que son ávidas usuarias. Diferencias que permiten afirmar que tal contratación con condiciones generales de la contratación constituye un verdadero y auténtico nuevo modo de

contratar, distinto del modo clásico en el que no sólo se toma la decisión de contratar, sino que también por cada una de las partes se delimita el concreto contenido de cada cláusula contractual.

En definitiva, como se dice, en la tantas veces citada STS, una cosa es que por referirse a un elemento configurador del precio y del objeto principal del contrato la cláusula suelo no pueda considerarse en sí misma como abusiva, y otra cosa es que no pueda ser sometida al control de transparencia, claridad y sencillez de su contenido. Control este último que en un caso como el presente desde luego no puede obviarse por el simple análisis de dicha cláusula, que como hemos visto carece de las condiciones de sencillez, de claridad y transparencia necesarias, dada su larga extensión y su contenido engañoso del verdadero resultado producido mediante la misma, que consiste en transformar a la postre un préstamo a interés variable, en un auténtico préstamo a interés fijo a la baja, a partir nada menos que del 5%. Dicho control de transparencia, sencillez y claridad exigiría por tanto conocer la verdadera información suministrada por la entidad bancaria a los ejecutados, respecto de la cual no existe prueba alguna en autos, habida cuenta de que dichos ejecutados han negado que se haya llevado a cabo con ellos ninguna información, y menos aún que ésta haya sido suficiente. Sin que, insistimos, podamos tampoco considerar innecesaria tal información en atención al perfil y circunstancias personales de dichos ejecutados, que no consta que sean expertos en ninguna cuestión financiera.

Por lo demás, en cuanto al efecto irretroactivo de la nulidad de la citada cláusula suelo, hemos de indicar que el TS, como hemos visto, negó dicho carácter retroactivo respecto a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada y a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta resolución. "En el presente caso, por el contrario la parte ejecutante reclama cantidades que se le adeudan, por lo que no se le han pagado, y, en fin, no existe resolución judicial firme con fuerza de cosa juzgada sobre el contrato de préstamo objeto de juicio. Y si la parte apelante entiende que no se debe aplicar retroactivamente la nulidad de la cláusula suelo conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, porque la entidad ejecutante dio por vencido con anterioridad a la STS, sin embargo dicha STS no se refiere a los préstamos que se hayan dado por vencido anticipadamente con anterioridad a dicha sentencia, sino a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada y a

pagos ya efectuados a la fecha de la publicación de la sentencia, lo que no es el caso.

Quede dicho todo ello sin olvidar que, por lo demás, la " ratio decidendi" de la tantas veces citada STS es en este punto totalmente distinta e inaplicable a un supuesto como el que constituye el objeto del presente juicio, ya que allí se decidía sobre una acción colectiva de nulidad con efectos " erga omnes", mientras que en el presente juicio tan sólo se ventila la nulidad de una cláusula de un solo contrato, por lo que la aplicación a este juicio de los efectos previstos para la nulidad en el artículo 1303 CC carece de las razones de seguridad y economía nacional presentes en la negación de efectos retroactivos a la acción colectiva ejercida en aquel otro proceso.

Procede, pues, desestimar el presente recurso de apelación y confirmar por sus propios fundamentos la sentencia impugnada, que, en fin, en modo alguno adolece de incongruencia, sino que contiene una argumentación con la que no está conforme la parte apelante, como ha hecho ver a través del presente recurso de apelación, lo cual nada tiene que ver con la incongruencia judicial.

QUINTO.- Por aplicación del artículo 398.1 LEC, se imponen a la parte apelante las costas de este juicio.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don XXXXXXXXXXXXXXXX en nombre y representación del **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Salamanca, con fecha 8 de octubre de 2014, en los autos originales de que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y confirmamos en su integridad, con imposición a la parte apelante de las costas de este juicio y con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

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 pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado, hallándose la Sala celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-