



Roj: **SAP B 3176/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3176**

Id Cendoj: **08019370152018100276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **04/05/2018**

Nº de Recurso: **519/2017**

Nº de Resolución: **298/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120148003804

**Recurso de apelación 519/2017 -3A**

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 405/2014**

Parte recurrente/Solicitante: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a: Carlos Montero Reiter

Abogado/a:

Parte recurrida: María Cristina

Procurador/a: M<sup>a</sup> Isabel Pereira Mañas

Abogado/a:

**Cuestiones:** cláusula suelo. Transparencia.

**SENTENCIA núm. 298/2018**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Barcelona, a cuatro de mayo de dos mil dieciocho.

**Parte apelante:** Banco Popular Español, S.A.

Letrado/a: Sr. Cabredo.

Procurador: Sr. Montero.

**Parte apelada:** María Cristina .

Letrado/a: Sra. Risco.



Procurador: Sra. Pereira.

**Sentencia recurrida: sentencia**

Fecha: 23 de diciembre de 2016

Parte demandante: María Cristina .

Parte demandada: Banco Popular Español, S.A.

Objeto: nulidad cláusula suelo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Estimo íntegramente la demanda presentada en nombre y representación de doña María Cristina , declaro la nulidad de la cláusula suelo impugnada, dejando subsistente el resto del contrato, y condeno a la demandada Banco Popular Español, S.A., a pagar a la actora la suma percibidas por aplicación de dicha cláusula desde el inicio del préstamo hipotecario con sus intereses, con especial imposición de las costas procesales a la parte demandada Banco Popular Español, S.A. ».*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Banco Popular Español, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 26 de abril pasado.

Actúa como ponente el magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

**FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia**

1. María Cristina ejercitó frente a Banco Popular Español, S.A. una acción de nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo incorporada como condición general al contrato de préstamo a interés variable que tienen suscrito con la entidad financiera demandada. Solicitaba la condena de la demandada a eliminar dicha condición del contrato y a devolverle las cantidades indebidamente percibidas a su amparo con sus intereses legales.

2. Banco Popular Español, S.A. se opuso a la demanda alegando:

a) Litispendencia, derivada de la existencia de un previo proceso seguido a instancia de ADICAE en ejercicio de una acción colectiva que tiene como objeto la declaración de nulidad de todas las cláusulas suelo incorporadas a las escrituras de préstamo suscritas por la demandada.

b) Las cláusulas como la impugnada son legítimas y están admitidas expresamente por diversas disposiciones legales y por el Banco de España y constituyen una parte del precio del préstamo, sin que puedan ser consideradas una condición general de la contratación.

c) Son cláusulas claras y transparentes y no pueden ser consideradas como predispuestas ni impuestas sino que son fruto de la negociación entre las partes.

d) No son cláusulas abusivas, dado que respetan las exigencias de la buena fe y no causan un desequilibrio en las prestaciones.

3. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la estipulación impugnada a la vez que condenó al Banco demandado a eliminarla del contrato y a devolver a los actores las cantidades reclamadas con sus intereses legales.

4. El recurso de Banco Popular Español, S.A. se funda en los siguientes motivos:

a) Error en la valoración de la prueba, atendido que la resolución recurrida no ha entrado a valorar la prueba documental aportada con el escrito de contestación de la que se deriva que había ofrecido a la actora información suficiente sobre la existencia de la estipulación cuestionada. El procedimiento de contratación telemática seguido con el consumidor garantiza la información sobre la existencia y el alcance de la cláusula.

b) Existencia de negociación individual.

**SEGUNDO . El control de transparencia: su fundamento y alcance**



5. El fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 , que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).
6. Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensible, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , apartado 49).
7. En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.
8. Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014 , resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.
9. La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.
10. En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.
11. Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.
12. Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar «... *la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, 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 ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*».
13. A ello añade, como *ratio decidendi* que justifica la apreciación de abusividad en el caso concreto, al analizar la información ofrecida en la oferta vinculante, que la cláusula cuestionada se encuentra encuadrada en un lugar inadecuado, rubricado con la referencia exclusiva al " *tipo de interés variable*" y «... *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* ».
14. El examen del contrato firmado por el Sr. Secundino y la Sra. María Cristina el 19 de septiembre de 2008, aportado como doc. 1 de la demanda, evidencia que la estipulación cuestionada se encuentra redactada como cláusula 4 en la página 28 con un contenido bien claro, lo que facilita su comprensibilidad:
- « **4. LIMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERES APLICABLE.** *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 DOS ENTEROS Y VEINTICINCO CENTÉSIMAS DE ENTERO POR CIENTO (2,25 %) nominal anual* ».



La cláusula se encuentra destacada con negrilla y también por el hecho de tener una numeración separada.

**15.** Consta también acreditado que con la escritura se aportó una oferta vinculante firmada por los prestatarios en fecha 10 de septiembre anterior. Aunque la misma se compone de poco más de dos folios, se encuentra redactada en unos caracteres tipográficos tan diminutos que no podemos considerar que fuera fácilmente perceptible, a pesar de que también su redacción era clara.

**16.** La demandada aportó, al contestar a la demanda los siguientes documentos, con trascendencia respecto de la cuestión que analizamos:

a) Un correo electrónico cursado el 16 de junio de 2008 en el que se expresan las condiciones de la operación y se comunicaba al Sr. Secundino que la misma era viable. En él se expresaba:

«\* REVISION ANUAL DE INTERESES: Euribor\* + 0,33%. Sin redondeo y con un tipo de mínimo del 2,25 %».

b) Durante el mes de julio se produjeron otros correos más y en 10 de septiembre se remite otro con la minuta del préstamo hipotecario.

**17.** En conclusión, creemos que la demandada había informado de manera suficiente la existencia de la cláusula y su alcance, de forma que debemos considerar que la misma es transparente. Ello nos lleva a estimar el recurso sin entrar en otras consideraciones y con ello a desestimar la demanda.

### **TERCERO. Costas**

**18.** Pese a la desestimación íntegra de la demanda consideramos que no es procedente la imposición de las costas a la demandante, atendidas las dudas de derecho que el caso plantea, dudas que proceden de la multiplicidad de criterios jurisprudenciales y de la dificultad que resulta en su aplicación práctica.

**19.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas en el recurso de la parte actora, al haberse estimado, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona de fecha 23 de diciembre de 2016, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y en su lugar desestimamos íntegramente la demanda de María Cristina sin hacer imposición de las costas.

Tampoco hacemos imposición de las costas del recurso y ordenamos la devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.