



Roj: **SAP B 3177/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3177**

Id Cendoj: **08019370152018100277**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **04/05/2018**

Nº de Recurso: **544/2017**

Nº de Resolución: **300/2018**

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

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120158005646

Recurso de apelación 544/2017 -3

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 605/2015

Parte recurrente/Solicitante: Jesús Manuel

Procurador/a: Margarita Ribas Iglesias

Abogado/a:

Parte recurrida: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A

Procurador/a: Faustino Igualador Peco

Abogado/a:

Cuestiones: nulidad cláusula suelo. Transparencia.

SENTENCIA núm. 300/2018

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a cuatro de mayo de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Jesús Manuel .

Letrado/a: Sr. Icart.

Procurador: Sra. Ribas.

Parte apelada: Banco Popular Español, S.A.



Letrado/a: Sr. Pazos.

Procurador: Sr. Igualador.

Sentencia recurrida:

Fecha: 24 de febrero de 2017

Parte demandante: Jesús Manuel .

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: « *que debo desestimar la demanda interpuesta por D. Jesús Manuel , contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., absolviendo a ésta de la demanda interpuesta. No se imponen las costas procesales* ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Jesús Manuel . 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 3 de mayo 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. Jesús Manuel 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 tiene suscrito con la entidad financiera demandada. Solicitaba la condena a 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 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 predisuestas 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 desestimó íntegramente la demanda considerando que la cláusula había sido debidamente informada por parte del Banco, lo que determina que la misma debiera considerarse como transparente.

4. El recurso del demandante se funda en los siguientes motivos:

a) Una misma cláusula, como es la impugnada no puede ser considerada en unos casos como nula y en otros como válida sin contrariar el derecho a la tutela efectiva.

b) Error en la valoración de la prueba respecto de la información ofrecida por la entidad de crédito. No se ha acreditado que se informara de forma suficiente al consumidor por medio del establecimiento de escenarios.

c) Error en la aplicación del derecho.

SEGUNDO . Sobre la posible infracción del derecho a la tutela efectiva



5. Se queja el recurso en su introducción y a modo de consideración general de que mientras en algunos casos se esté considerando la cláusula nula en otros se considere válida y se alega que ello comporta una desigualdad ante la ley que infringe el derecho a la tutela efectiva.

6. No tiene razón con esa alegación, que es completamente infundada. No podemos ignorar que la posible nulidad de esta estipulación no se basa en razones comunes con otras cláusulas, a pesar de que pueda parecer lo contrario a raíz de que la STS 241/2013, de 9 de mayo, estimara una acción colectiva. Pese a ello, la razón de la posible nulidad se funda en la falta de transparencia, lo que significa que no consiste en que sea la cláusula nula en sí misma sino en que la misma ha podido serlo en función de cómo se haya incorporado al contrato. Por tanto, es connatural a dicha acción de nulidad la consideración de las concretas circunstancias del caso, como ha hecho la resolución recurrida.

TERCERO. El control de transparencia: su fundamento y alcance

7. 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).

8. 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).

9. 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.

10. 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.

11. Por esa razón, el control de transparencia está relacionado no solo con el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que regula los requisitos de inclusión, sino que también lo está con el artículo 82 del propio texto legal, que regula el control de contenido o abusividad.

12. 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.

13. 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.

CUARTO. Circunstancias que deben ser tomadas en consideración para realizar el juicio de transparencia

14. 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.

15. 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».

16. 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 ».

17. El examen del contrato firmado por el Sr. Jesús Manuel con Banco Pastor el 13 de enero de 2000, aportado como doc. 2 de la demanda, evidencia que no existía una cláusula suelo sino únicamente una cláusula de límite máximo a efectos hipotecarios. El 18 de enero de 2007 se produjo una ampliación del anterior préstamo, que pasó de 120.202,42 euros de principal a 180.184,39 euros. En la referida escritura (en el expositivo II) se establece con claridad cuál es su objeto en cuatro puntos. El tercero de ellos dice así: "modificar los límites de variabilidad del tipo de interés aplicable". Más adelante en el pacto 5.º se recoge el pacto impugnado, cuya abstracta comprensibilidad nos parece fuera de toda duda para un consumidor medio.

18. En suma, también nosotros creemos, como el juzgado mercantil, que con tales antecedentes lo más razonable es considerar que el consumidor tuvo información suficiente para conocer la existencia de la cláusula y para poder comprender su alcance.

QUINTO. Costas

19. En cuanto a las costas del recurso, estimamos que tampoco procede hacer imposición de las costas, atendidas esas mismas dudas de hecho y de derecho que ha apreciado la resolución recurrida para la primera instancia. También en el recurso subsisten esas dudas.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Jesús Manuel contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 24 de febrero de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos.

No hacemos imposición de las costas del recurso, apreciando la concurrencia de dudas de hecho y de derecho.

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.