



Roj: **SAP B 5539/2019 - ECLI: ES:APB:2019:5539**

Id Cendoj: **08019370152019100931**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **24/05/2019**

Nº de Recurso: **1065/2018**

Nº de Resolución: **995/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA PESQUEIRA CARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0812142120170060031

Recurso de apelación 1065/2018-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 380/2017

Parte recurrente/Solicitante: Florian , Encarnacion

Procurador/a: Elisabet Jorquera Mestres

Abogado/a: Jorge Ulises Corona Herrero

Parte recurrida: BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA

Procurador/a: Francesc D'A. Mestres Coll

Abogado/a: Miguel A. Pazos Moya

Cuestiones.- Nulidad cláusula suelo. Control de transparencia. Comercialización del préstamo *on line*.

SENTENCIA núm. 995/2019

Composición del Tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL

Marta Pesqueira Caro

En Barcelona, a veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Florian y Encarnacion .

Parte apelada: Banco Popular Español,S.A.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 5 de abril de 2018.

Parte demandante: Florian y Encarnacion .



Parte demandada: Banco Popular Español, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta en fecha 21 de marzo de 2017 por el Procurador de los Tribunales ELISABET JORQUERA MESTRES en nombre y representación de Florian y Encarnacion contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A debiendo cada parte hacer frente a las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose 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 22 de mayo de 2019.

Ponente: magistrada Marta Pesqueira Caro.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece contextualizado el conflicto en esta instancia.

1. La parte demandante ejercitó una acción de nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo, incorporada como condición general al contrato de préstamo hipotecario a interés variable que tiene suscrito con la entidad financiera demandada de fecha 26 de mayo de 2006. Solicitaba la declaración de nulidad de dicha condición del contrato y la condena de la demandada a devolverle las cantidades indebidamente percibidas a su amparo, con sus intereses legales.

2. La parte demandada se opuso a la demanda defendiendo la validez de la cláusula por superar el doble control de transparencia exigido por la jurisprudencia del TS, teniendo en cuenta especialmente la información facilitada durante la comercialización del préstamo *on line*. Se opuso también a la devolución de las cantidades cobradas.

3. La resolución recurrida desestimó la demanda alegando, tras valorar los medios de prueba aportados a los autos, en particular los correos electrónicos y el audio de la conversación telefónica aportado a los autos, haberse incorporado la cláusula suelo al contrato de préstamo hipotecario de forma transparente.

4 . El recurso de la parte actora se funda en una errónea valoración de la prueba, alegando no haber recepcionado los documentos números 8 y 9 aportados con el escrito de contestación a la demanda, resultando, por ende, que la cláusula no se incorporó de forma transparente, y contraviniendo así los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre transparencia e información precontractual, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la contratación.

5. La parte demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO. Sobre el control de transparencia de las cláusulas suscritas por consumidores. Doctrina jurisprudencial.

6. Planteados los términos del debate, la cuestión litigiosa ha de resolverse de acuerdo con los criterios sentados en la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013) -a la que se remiten reiteradamente las partes en sus escritos , y la más reciente de 8 de septiembre de 2014 (464/2014). En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que las condiciones generales de la contratación, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"n o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" (fundamento 201).

7. Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato" (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y



sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". *La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró que las cláusulas impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplían con las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LGDC, pero no así las específicas de los contratos con los consumidores, todo ello de acuerdo con las consideraciones que recoge en los fundamentos 217 a 225.*

8. Como hemos dicho en Sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo 410/2013), cuyas consideraciones reiteramos en esta resolución, 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).

9. 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 comprensibles, 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).

10. 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.

11. 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.

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.

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.

12. 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.

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.

13. 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".

TERCERO. Carácter abusivo de la cláusula. Valoración del tribunal.

14. Aplicada la anterior doctrina al presente caso, estimamos que la cláusula impugnada supera el control de transparencia.

De entrada, no se cuestiona que la cláusula tenga una redacción clara y comprensible para el consumidor. Esta aparece ubicada perfectamente en el contrato, en un apartado independiente tras indicarse el tipo de



- interés ordinario, y bajo la rúbrica en mayúsculas y negrita " 4. LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS NOMINAL ANUAL PARA EL CÁLCULO DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA".
- 15.** La demandada proporcionó información suficiente por escrito en las negociaciones previas a la firma del contrato, tal y como ha sido analizado en la sentencia de instancia.
- 16.** Debe tenerse en cuenta que la contratación fue vía electrónica, a través del servicio de banca *on line* que Banco Pastor (hoy Banco Popular) pone a disposición de sus clientes.
- 17.** En concreto, el 4 de marzo de 2006 los clientes solicitan *on line* un préstamo, al parecer para ampliar el préstamo que ya tienen para adquirir una autocaravana, resultando que para rellenar el citado impreso deben de hacerlo a través de un enlace en el que constan todas las características del préstamo.(Doc núm. 5 de la contestación a la demanda).
- 18.** El día 10 de marzo de 2006 una vez revisada la solicitud, la demandada le remite la aprobación provisional mediante correo electrónico en el que aparecen las condiciones fundamentales, entre las que se encuentran el interés anual y mínimo. Se trata de un documento muy relevante, a estos efectos, dado que se trata de una comunicación personalizada que el Banco dirige a su cliente, en el que se le informa sobre las condiciones esenciales del préstamo y en el que, de forma clara, se le informa de la revisión anual de intereses en los siguientes términos:
- "Euribor + 0,40%. Sin redondeo y con un tipo mínimo del 2,25%"* (documento 6 de la contestación).
- La parte demandante si bien no impugnó tales documentos refiere en trámite de apelación no haberlos recibido. Sin embargo, en contra de dicho criterio, entendemos suficientemente acreditada la remisión al demandante de dicha aprobación provisional con las condiciones del préstamo y la cláusula suelo en los términos expuestos, toda vez que consta remitido en la misma dirección de correo electrónico que la parte actora facilitó y en el que reconoce recibidos los documentos número 8 y 9 acompañados al escrito de contestación a la demanda.
- 19.** En fecha 28 de marzo de 2006, consta acreditado que la parte actora interesó la rebaja de la comisión de cancelación total, la de subrogación y la de cambio de condiciones y que se suprimió la comisión de apertura. Así se remite nuevo correo electrónico a la parte actora informándole de las nuevas condiciones de su operación, figurando entre estas la del tipo mínimo del 2, 25%, y se le adjunta el folleto legal informativo al efecto. (Doc núm. 7 de la contestación a la demanda). Se acompaña como documento número 17 cd que contiene la grabación por la cual el gestor comercial y Florian repasan las condiciones de la operación, y en la que éste manifiesta cuál es el tipo de interés mínimo de su operación, sin mostrar duda, reparo o sorpresa alguna.
- 20.** Consta comunicación por la que la parte actora pregunta a la demanda una duda sobre la autorización provisional recibida. (Doc núm. 8 y 9 de la contestación a la demanda).
- 21.** En fecha 5 de abril de 2006 se remite de nuevo al cliente la aprobación provisional autorizada al cliente, figurando entre tales condiciones la del límite a la variabilidad del tipo de interés en un 2, 25%. (Doc núm. 10 de la contestación a la demanda).
- 22.** En fecha 24 de mayo de 2006 el gestor de firmas remite a la parte demanda el borrador de la escritura, la oferta vinculante y los datos de la firma. (Doc núm. 11 a 16 de la contestación a la demanda). En todos ellos consta información del límite a la variabilidad del tipo de interés en un 2, 25%.
- 23.** En fecha 26 de mayo de 2006 se firma la escritura objeto de los presentes autos. (Doc núm 2 de la demanda).
- 24.** El examen de la prueba practicada en las actuaciones nos lleva a las mismas conclusiones que ha alcanzado la resolución recurrida y que consisten en que la constatación de que el Banco informó de forma más que clara y suficiente a los consumidores en el proceso previo a la firma del contrato acerca de la existencia de una cláusula suelo de un 2,25 %, esto es, acerca de que el interés variable pactado no podría descender por debajo de un 2,25 %. Así resulta tanto del examen del folleto informativo que tuvieron oportunidad de conocer al inicio del proceso como de los correos personalizados que le fueron remitidos en ellos que esa información se consigna con claridad y sin el menor atisbo de enmascaramiento.
- 25.** Tampoco podemos considerar que la incidencia de la cláusula en el contrato exija de ningún esfuerzo adicional. Cualquier consumidor medio puede entender sin esfuerzo cuál es la consecuencia de la misma, esto es, que los tipos de interés, pactados como variables, no pueden ser inferiores como consecuencia de cualquier revisión.



26. A ello debemos añadir que el tipo mínimo fijado es tan bajo que, aunque no hubiera existido transparencia (lo que de forma rotunda creemos que no ha ocurrido) difícilmente podría considerarse que los consumidores no hubieran aceptado la cláusula en el caso de haber tenido conocimiento efectivo acerca de la misma y de su alcance. Por tanto, la cláusula no solo es transparente sino que no es perjudicial o abusiva para los consumidores si ese carácter abusivo se entiende como lo ha hecho el Tribunal Europeo en la Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI:EU:C:2017:703- asunto *Andriiciuc*), esto es, en el sentido de que la condición no hubiera sido aceptada por un consumidor medio tratado de forma leal por el predisponente.

27. Resulta así que, antes de la firma de la escritura pública, el banco remite por correo las condiciones de la operación, que incluye también la cláusula suelo inmediatamente después de la referencia (Euribor) y el diferencial. Por su situación en el documento y la forma en la que se expresa el tipo mínimo resulta casi imposible que pudiera pasar desapercibida para el consumidor.

Ello conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia dictada en instancia.

CUARTO . Costas procesales del recurso.

28. Al desestimarse el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC , se imponen las costas al recurrente, y se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Florian y Encarnacion contra la sentencia de 5 de abril de 2018 , que confirmamos en su integridad, con condena en costas en la alzada, y se ordena la pérdida del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos 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.