



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 19-20

Fax.: 922 34 94 18

Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:

0001375/2018-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 1 (Antiguo mixto Nº 1)

de San Cristóbal de La Laguna

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0001063/2019

NIG: 3802342120180003862

Resolución: Sentencia 000276/2021

## SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente

D./D<sup>a</sup>. CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA (Ponente)

D./D<sup>a</sup>. JUAN LUIS LORENZO BRAGADO

En Santa Cruz de Tenerife, a 23 de marzo de 2021.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1<sup>a</sup> INSTANCIA núm. 1 DE LA LAGUNA, en los autos núm. 1375/2018, seguidos por los trámites del juicio Ordinario, sobre condiciones generales de contratación y promovidos, como demandante, por [REDACTED] representado por la Procuradora doña Sonia González González y dirigido por la Letrado doña **Carolina García Santos**, contra el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador don Claudio García del Castillo y dirigido por el Letrado don Ariel Gerardo García Gil, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Magistrado doña María Paloma Fernández Reguera, con base en los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

**SEGUNDO.**- En los autos indicados lallma. Sra. Magistrado-Juez doña Judith Isabel Lorenzo Bastidas dictó sentencia el trece de junio de dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por la parte actora [REDACTED] mediante su representación procesal en autos, contra la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, debo:



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



1.- **DECLARAR y DECLARO** la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo predispuesta como condición general de la contratación, contenida en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 2.08.05 (que une a las partes, que habrá de tenerse por no puesta, quedando eliminada del contrato).

2.- **DECLARAR y DECLARO** la subsistencia del resto del contenido del mencionado contrato de préstamo hipotecario que une a las partes.

3.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

4.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora el importe que resulte en ejecución de sentencia como indebidamente percibido por la entidad demandada desde la aplicación de la cláusula suelo, con las sencillas bases de tener en consideración el exceso que por intereses remuneratorios ha abonado el demandante, teniendo en cuenta lo que habría pagado por tal concepto si la cláusula suelo no se hubiere aplicado, con el obligatorio recálculo del cuadro de amortización dirigido a tal efecto (sin compensación alguna de capital, salvo acuerdo de las partes), más los intereses del importe indebido al tipo legal desde el cobro de cada cuota, incrementado en dos puntos desde el dictado de la sentencia.

5.- Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada. ».

**TERCERO.-** Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

**CUARTO.-** Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintitrés de marzo del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia apelada estimó la demanda y declaró la nulidad por abusiva de la "cláusula suelo", contenida en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005, según la cual, el tipo de interés remuneratorio no podrá en ningún caso ser inferior al 3,25%, condenando a la entidad demandada a la restitución del importe de las cantidades cobradas de más mediante la aplicación de dicha cláusula.

Dicha resolución ha sido apelada por la entidad demandada que, como fundamentos de la impugnación, formula en primer lugar error en la valoración de la prueba e infracción de la



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



doctrina fijada por el Tribunal Supremo, relativa a la doble vertiente del control de transparencia

**SEGUNDO.**-La parte apelante entiende que no es sostenible ni creíble que recogiendo en los dos contratos firmados por la parte demandante, el contrato de 20 de julio de 2004, crédito hipotecario a promotor y el de novación de 2 de agosto de 2005, la cláusula suelo que fue expresamente modificada pasando el tipo mínimo aplicable del 3% al 3,25%, no supiera a demandante en que consistía ni que su inserción en los referidos contratos no hubiera obedecido a un proceso previo de negociación, y por lo tanto, la parte apelante discrepa de la valoración probatoria realizada en la instancia al considerar que la cláusula suelo no supera lo que la jurisprudencia ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado, sobre el que la STS de 3 de junio de 2016 declara: *"2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación"*.

Este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato: *"conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo"*. *"3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados"*.



**TERCERO.-** Las alegaciones del recurso resultan insuficientes para eludir la nulidad por abusividad de la cláusula suelo declarada en la sentencia apelada, no estimándose que se haya acreditado por la entidad financiera demandada, ni que hubiera una negociación previa que excluyera el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo, ni que se hubiera informado perfectamente a su cliente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, sin que a estos efectos pueda resultar bastante la redacción clara de la cláusula, como se alega, porque ello no significa que se dé cumplimiento al control de transparencia cualificado, sino que alude al control de incorporación o primer control de transparencia, que no resulta controvertido que fue superado.

La parte apelante sostiene mediante la aportación de los documentos obrantes con la contestación a la demanda -número 14 en relación con el préstamo al promotor- y -documento número 16 en relación con la novación-, que hubo un informe propuesta del préstamo al promotor y de la novación al demandante como cotitular del crédito hipotecario, acompañándose un informe propuesta de la novación del préstamo hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005 de cuyo contenido se desprende entre las condiciones financieras pactadas el suelo o tipo mínimo a aplicar del 3,25% en términos claros y concisos.

En cuanto a la información precontractual, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de diciembre de 2017, en la que se declara: *"Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 4646/2014, de 8 de septiembre, y de 7 de noviembre y SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo"*.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas



si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

**CUARTO.-** En el caso enjuiciado, además de la redacción clara de la cláusula y comprensibilidad gramatical, se alega en síntesis, el cumplimiento de los requisitos necesarios, con puesta a disposición de los actores del folleto informativo y, la intervención notarial y advertencias realizadas por el Notario autorizante.

Ahora bien, entendemos que en este concreto caso, la entidad financiera, encargada de suministrar la información y de toda la documentación del préstamo hipotecario, a la que incumbe la carga de la prueba y que tiene una mayor facilidad probatoria, no ha cumplido con dicha carga, no queda acreditado una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en caso de existir, o la advertencia de que al concreto perfil del cliente se ofertan las mismas, no consta simulación previa en relación a los diversos escenarios posibles, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, debiendo concluirse que hay una insuficiencia de la información precontractual sobre la carga que supone la inclusión de la cláusula suelo en la economía del contrato, no siendo el consumidor consciente a la hora de contratar de que difícilmente se beneficiaría de las bajadas de los tipos de interés.

No consideramos tampoco que el hecho de que se tratara de una novación en 2005, suponga que se informara en dicho momento al cliente de la trascendencia que para la economía del contrato tenía la inclusión de la cláusula, ni que en la práctica podría convertirse en un contrato con un tipo fijo (el suelo), cuando se incrementó desde el primigenio contrato del año 2004, cuya mínimo esta a un 3% al de la novación que se incrementó el tipo mínimo a un 3,25%, como tampoco puede entenderse cumplida dicha obligación precontractual por el hecho de que los prestatarios pudieran leer íntegramente la escritura, ni tampoco lo acredita la redacción de la cláusula en el caso concreto.

En cuanto a la intervención notarial, en la STS de 5 de abril de 2018, se recoge que el hecho de que el notario haya hecho constar en la escritura de préstamo hipotecario que *"no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo, que se me ha exhibido, y las cláusulas financieras de esta escritura"*, no acredita que el tratamiento que en la oferta vinculante se dio a la existencia del suelo cumpliera los requisitos de transparencia indicados. Tal oferta vinculante, que por otra parte no consta siquiera que fuera entregada a los prestatarios con la antelación exigible para que pudieran informarse adecuadamente sobre las principales características del préstamo que concertaban, no consta incorporada a la escritura pública, por lo que se ignora su contenido, constanding tan solo en dicha escritura que *"la suma de los intereses, comisiones y gastos repercutibles, es equivalente a un tipo de interés efectivo anual postpagable del 3,20% que se corresponde con el coste efectivo de la presente operación....."*. Por tanto, las advertencias notariales resultan igualmente insuficientes para acreditar la superación del segundo control de transparencia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.



Por otra parte, tampoco acredita la transparencia el hecho de que la cláusula no se inserte entre una abrumadora cantidad de datos. En este sentido, la STS de 8 de junio de 2017, insiste en el carácter ejemplificativo de los parámetros utilizados en la sentencia 241/2013 para determinar que las cláusulas suelo objeto de aquel litigio no eran transparentes, y trae a colación la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, conforme a la cual, lo determinante es la concurrencia de circunstancias que, en su conjunto, pongan de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia, no permite que para enjuiciar la transparencia de una cláusula suelo se tomen en consideración criterios que nada tengan que ver con el significado y alcance del control de transparencia, o que incluso sean totalmente contradictorios con dicha institución

En definitiva, compartimos con la resolución recurrida que no acredita que Banco Popular SA, incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con la prestataria para que ésta tuviera un conocimiento cabal de lo que estaba contratando y de la carga asumida por la novación del préstamo con tales condiciones, estimando que la actora no tuvo al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico que para ella se derivaba de la inclusión de la cláusula en la novación del préstamo hipotecario, convirtiéndose en una cláusula sorpresiva, a la vista de la información ofrecida por el empresario, sin que las alegaciones del recurrente, carentes de prueba suficiente, desvirtúen los razonamientos de la sentencia apelada, que estimamos que valora correctamente la prueba practicada.

Por último hemos de señalar que no concurre inexistencia de objeto ni extinción de la acción de nulidad por la cancelación del préstamo (anticipada o no). Al ser la cláusula discutida nula de pleno derecho, no queda afectada por el hecho de que el contrato se haya extinguido en su totalidad ya que el consumidor tiene acción para reclamar la nulidad de pleno derecho de esa cláusula, acción imprescriptible, y su consecuencia, que es la devolución de las cantidades cobradas en exceso, ya que no es una acción independiente, sino la consecuencia legal de la estimación de la nulidad.

**QUINTO.-** El recurrente finalmente impugna la cuantía del procedimiento por entender que la cuantía era perfectamente determinada, teniendo en cuenta que el préstamo resultó cancelado, en tanto que la sentencia resuelve afirmando que la cuantía es indeterminada.

El artículo 253 de la L.E.C. establece la obligación de la actora de determinar la cuantía del pleito, pero esa obligación se deriva de la necesidad de determinar la clase de procedimiento a seguir, de forma que el art. 254 establece su control de oficio. Y a los efectos que ahora nos interesan, el art. 255 prevé la posibilidad de impugnación de la cuantía por la parte demandada en el siguiente sentido: "*1. El demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación.*

*2. En el juicio ordinario se impugnará la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio".*

A su vez, el artículo 422 de la L.E.C. al regular la audiencia previa, refleja la cuestión de la impugnación de la cuantía: "*1. Si la alegación de procedimiento inadecuado formulada en la contestación a la demanda se fundase en disconformidad con el valor de la cosa litigiosa o con el modo de calcular, según las reglas legales, el interés económico de la demanda, el tribunal*



*oír a las partes en la audiencia y resolverá en el acto lo que proceda, ateniéndose, en su caso, al acuerdo al que pudieran llegar las partes respecto del valor de la cosa litigiosa.*

*2. Si no se diese acuerdo sobre el valor de la cosa litigiosa, el tribunal, en la misma audiencia, decidirá oralmente, de forma motivada, lo que proceda, tomando en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor, que las partes hayan aportado".*

Como vemos, la LEC sólo prevé la impugnación de la cuantía del pleito cuando ello tenga relevancia sobre el procedimiento a seguir, porque se alegue que nos hallamos ante un procedimiento inadecuado. La propia parte demandada reconoció en su contestación a la demanda que, dada la clase de acción ejercitada de nulidad individual por incumplimiento de condiciones generales de la contratación, el procedimiento sería en todo caso el ordinario, por lo que la fijación de la cuantía concreta no afecta a la clase de procedimiento y por tanto su impugnación no tiene cabida en este momento procesal, sin perjuicio de lo que se pueda determinar en un hipotético incidente de tasación de costas.

**SEXO.-** Que, al desestimarse el recurso de apelación, las costas habrán de ser impuestas a la parte apelante por ser preceptivo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398 y 394 ambos de la L.E.C.

### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Claudio García del Castillo, en nombre y representación de la entidad Banco Popular Español SA, contra la resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de San Cristóbal de la Laguna, de fecha 13 de junio de 2019, en los Autos de Procedimiento Ordinario núm. 1375/2018, y, en su consecuencia se confirma la resolución apelada con imposición de costas a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.