

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

[REDACTED]
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 001

[REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de LORCA

Procedimiento de origen: ORD [REDACTED]

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador:

Abogado: J. [REDACTED]

Recurrido:

Procurador: MARIA NIEVES CUARTERO ALONSO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

Rollo Apelación Civil [REDACTED]

SENTENCIA Nº [REDACTED]

Ilmos. Señores

Presidente

Magistrados

En la Ciudad de Murcia, a veintisiete de febrero de dos mil veinte.

Habiendo visto el rollo de apelación [REDACTED] dimanante del procedimiento ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Lorca, en el que ha sido parte actora, y ahora apelado, [REDACTED], representado por la procuradora Doña María Nieves Cuartero Alonso, y defendido por el letrado D. Bartolomé Giménez Ibarra, y como demandada, y ahora apelante, la entidad Banco Popular Español, S.A. (actualmente BANCO SANTANDER, S. A.), representada

por el procurador [REDACTED] y defendida por el letrado [REDACTED]
[REDACTED]

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario [REDACTED] tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Lorca, en fecha 15 de marzo de 2018 se dictó sentencia, en cuya parte dispositiva se acuerda: *"Que estimando la demanda interpuesta a instancia de [REDACTED] contra Banco Popular Español, S.A declaro la nulidad de la cláusula definida en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, y condeno a la entidad demandada a que abone al demandante a las cantidades indebidamente pagadas por aplicación de la cláusula primera de la escritura de novación de préstamo hipotecario; ello con expresa imposición de costas a la parte demandada"*.

La sentencia fue completada por auto de fecha 27 de julio de 2018 cuya parte dispositiva se acuerda: *"Que se refleje también en el Fallo la condena a la entidad demandada "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A." del pago de los intereses legales desde la fecha de cobro y hasta el día de la Sentencia rectora de autos, y al impago de los intereses procesales del artículo 576 de la LEC que se deriven desde el dictado de la Sentencia en primera instancia y hasta su completo pago, y ello debido a que se ha omitido tal pronunciamiento relativo a una pretensión oportunamente deducida en el punto 3º) del Suplico de la demanda"*.

SEGUNDO.- Frente a la resolución antes referida se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la entidad Banco Popular Español, S.A. (actualmente BANCO SANTANDER, S. A.), y teniéndose por interpuesto se acordó dar traslado a las demás partes para formular oposición o, en su caso, impugnación. La representación procesal de [REDACTED], dentro de plazo presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

Formalizado el anterior trámite se acordó remitir los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, y tras el correspondiente reparto, se formó el rollo de apelación [REDACTED] teniéndose por personadas, en calidad de apelante y apelada, a los antes designados. Remitidos los autos a la Sección IV de la Audiencia Provincial se dictó providencia en fecha 13 de febrero de 2020, señalándose para la deliberación y votación el día 25 de febrero de 2020.

CUARTO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco Popular Español, S.A. (actualmente BANCO DE SANTANDER, S. A.), en primer lugar, se alega la condición empresarial de la parte apelada, indicándose que el importe del préstamo fue destinado para la adquisición de un camión habilitado para el transporte de hormigón; se hace mención a la transferencia realizada a UNIBOMBEO, S.L., con fecha 21 de mayo de 2007, que esta mercantil se dedica al transporte con medios propios o ajenos de hormigón, quedando fuera de la actividad empresarial de dicha mercantil la construcción o reforma de viviendas; que el empleado de la entidad ratificó el contenido de los informes del Banco, en los que consta el destino empresarial de la financiación; que la parte actora no aportó durante el acto de la audiencia previa ningún tipo de prueba que acreditada de una forma clara que el destino de la financiación fuera ajeno a la actividad empresarial.

La sentencia recurrida estima la demanda, declarando la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 2 de marzo de 2012, que modifica el tipo de interés establecido en la escritura de préstamo de 11 de mayo de 2007, con la condena a la entidad demandada a que abone al actor las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la cláusula suelo. En relación

con el motivo antes referido se indica <<la parte demandante ostenta la condición de consumidor, en la acepción que recoge el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (...). La prueba practicada en este sentido en el acto del juicio y la documental obrante en autos no ha desvirtuado de en modo alguno que la actora tenga la condición de consumidora, pues a pesar de lo alegado por la demandada no ha quedado probado, recayendo sobre ella la carga de la prueba, que el actor se dedicara a otra cosas que el transporte nacional e internacional como conductor, y que este se dedicara como empresario a otra actividad profesional y que el préstamo tuviera como finalidad el desarrollo de ésta, no habiendo aportado la demandada vida laboral del actor ni la testifical de al parecer una sociedad constructora con la que dice el demandado estar relacionado el actor>>.

Para dar respuesta al anterior motivo se debe de tener en consideración la STS núm. 230/2019, de 11 de abril, en la que se refiere <<El 23 de enero de 2007, Dña. Camila, como prestataria, suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Kutxabank, como prestamista, por importe de 40.000 €. En garantía de la devolución del préstamo, la prestataria hipotecó su vivienda y un local comercial de su propiedad. Además, intervino como fiadora solidaria su hermana, Dña. Milagros. 2.- Dña. Camila es traductora y durante algún tiempo ha tenido arrendados diversos inmuebles de su propiedad. El préstamo concedido iba a servir para financiar el montaje de un negocio de hostelería (una taberna). (...) la Audiencia Provincial consideró que la Sra. Camila tenía la condición legal de consumidora, porque como su actividad profesional era la de traductora, la obtención del préstamo con una finalidad diferente a ese ejercicio profesional hizo que no perdiera su carácter de consumo. Así como que no consta que la demandante hubiera obtenido las licencias administrativas para ejercer en el ámbito de la hostelería, que estuviera dada de alta en la licencia fiscal o que se hubiera constituido como comerciante en los términos del art. 1 CCom.

Condición legal de consumidor. Legislación comunitaria y nacional. Interpretación jurisprudencial.

1.- En la fecha en que se firmó el contrato de préstamo todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU), que establecía en su art. 1, apartados 2 y 3:

"2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

"3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

2.-Posteriormente, conforme al art. 3 del TRLGCU, "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Por ello, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGCU de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

No obstante, aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el del destino final y no el de la actividad profesional, que se introdujo en el TRLGCU unos meses después, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (verbigracia, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Genicaza, C-269/95; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01).

Por lo que, como dijimos en la sentencia 356/2018, de 13 de junio, el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLGCU, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión (sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio, que contiene una amplia cita jurisprudencial al respecto, tanto del propio TC, como del TJUE). En concreto, con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, dice:

"[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que 'los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado

de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de estas sentencias sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno' (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn , antes citada , apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame , C-46/93 y C-48/93 , Rec. p. I-1029, apartado 95)".

3.- La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan

tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 30 y jurisprudencia citada). "Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 , EU:C:1997:337 , apartado 17)".

4.- Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo ; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero ; 224/2017, de 5 de abril ; 594/2017, de 7 de noviembre; y 356/2018, de 13 de junio.

5.- Si aplicamos estos criterios a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, la valoración jurídica debe ser necesariamente diferente. Aunque

la Sra. Camila se dedicara preferentemente a su actividad profesional como traductora, resulta claro que el préstamo no se solicitó para satisfacer sus necesidades de consumo privado, sino para el ejercicio de una actividad profesional, aunque fuera para el futuro. En consecuencia, el préstamo litigioso no fue una operación acogida a la legislación de consumidores, sino un negocio jurídico de carácter profesional y empresarial>>.

Se desestima el anterior motivo, aceptándose lo razonado en instancia, pues en efecto, no se ha demostrado que [REDACTED] hubiera destinado el préstamo a una actividad profesional o empresarial, pues el mismo manifestó que cuando se concertó el préstamo se dedicaba al transporte por cuenta ajena y que se dedicó el importe del préstamo a la reforma de su vivienda. De los documentos aportados con el escrito de contestación tampoco se deduce que el préstamo se hubiera destinado a una actividad empresarial. Tampoco se ha acreditado que la transferencia realizada en fecha 21 de mayo de 2007 a la mercantil UNIBOMBEO, S.L., fuera con motivo de la adquisición de un camión habilitado para el transporte de hormigón. Se estima, pues, que no se ha demostrado que el actor y prestatario no tuviera la condición de consumidor al tiempo de concertar el préstamo hipotecario, objeto de la acción de nulidad de la cláusula suelo.

SEGUNDO.- El segundo motivo se refiere a la validez de la cláusula suelo. Se indica que la cláusula fue negociada de forma individual, habiéndose prestado sobre la misma un consentimiento válido; que la entidad financiera informó de las condiciones financieras del préstamo hipotecario; que la cláusula suelo ha sido redactada de manera clara; que las negociaciones existentes y la documentación entregada hacen que la parte actora no pudiera ignorar la existencia y alcance de las condiciones pactadas; que la cláusula suelo no fue impuesta por el banco ni es contraria a la buena fe. En definitiva, se sostiene que se incurre en error en la valoración de la prueba.

En relación con el anterior motivo se indica <<Dicha cláusula constituye una condición general de la contratación, en tanto está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos y ha sido predispuesta por el empresario (...) no supera el control de transparencia a que antes se ha hecho referencia, en tanto dicha cláusula no aparece destacada en el contrato de modo que el consumidor adherente haya podido tener un conocimiento de lo que dicha cláusula representaba en el desenvolvimiento del

contrato (...) de la prueba obrante en autos no se desprende que la entidad demandada haya ofrecido una información suficiente y clara al consumidor demandante sobre la forma en que operaba la cláusula suelo que existía en el préstamo hipotecario, lo que podía haber probado en autos mediante la aportación de las simulaciones de distintos escenarios sobre los tipos de interés que además el testigo traído por la demandada niega haberle efectuado al actor, información que hubiera proporcionado al adherente los elementos de juicio necesarios para poder tener una idea de si realmente este producto le interesaba o no contratar, como tampoco recuerda dicho testigo si se le entregó oferta vinculante ni la minuta del préstamo al demandante antes de ir a Notaría. En atención a lo anteriormente expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula>>.

Se cuestiona la declaración de nulidad de la cláusula suelo efectuada en instancia. Para dar respuesta a dicha cuestión se debe tener en consideración lo que se cita continuación.

Y así la STS de 24/3/2015 refiere <<Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «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». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la

información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), 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.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente 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.

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

La STS de 9 de marzo de 2017 indica <<Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[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» (sentencias 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo (...)). Por la su parte, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 » (ap. 49), añade:

«50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44). »51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

Examinados los autos se considera, pues, que no se ha acreditado por la entidad demandada haber explicado con suficiente claridad, certeza y concreción el tipo mínimo de interés que deberían satisfacer en virtud de la cláusula suelo, aun en el supuesto que el tipo de referencia estipulado fuera inferior al mínimo fijado como suelo, ni especialmente las repercusiones que ello tendría para los prestatarios en un escenario de bajos tipos de interés, lo cual permite afirmar que no existió una información precontractual clara y precisa, en tanto que no se ha justificado, de manera alguna, un despliegue informativo sobre su funcionamiento y consecuencias (simulaciones, costes comparativos, etc.) sin haber quedado desvirtuada la apariencia ni de tener como contrapartida un “techo” ni de que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirían, en todo caso, en beneficio del prestatario, lo que no era cierto. En definitiva, se considera que la cláusula suelo establecida en la cláusula no supera el control de transparencia. Se acepta, pues, lo razonado en instancia en tanto que no se considera desvirtuado por las alegaciones formuladas en el recurso y antes referidas, y ello teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial antes referida. Se desestima el motivo.

En atención a lo expuesto en este y el anterior fundamento de derecho, se desestima el recurso de apelación, de acuerdo con lo sostenido en el escrito de

oposición formulado por la representación procesal de [REDACTED] el [REDACTED]

TERCERO.- Procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante al desestimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 LEC, y ello en tanto que no concurren dudas de hecho y de derecho que justifiquen otro pronunciamiento.

Costas ocasionadas en el mismo, tal y como establece el artículo 398.2 LEC, debiendo también restituirse el depósito constituido para recurrir, tal y como resulta de la Disposición Adicional 15ª.8 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por el procurador D. [REDACTED] en nombre y representación de la entidad Banco Popular Español, S.A. (actualmente Banco Santander, S. A.), **debemos de confirmar y confirmamos** la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Lorca, en fecha 15 de marzo de 2018, completada por auto de fecha 27 de julio de 2018, en los autos de procedimiento ordinario [REDACTED] con **la imposición expresa de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.** Dése al depósito el destino legal pertinente al haber sido desestimado el recurso de apelación.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a



lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

