

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

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: [REDACTED]  
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]  
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA  
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION- [REDACTED]

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]  
Recurrido: [REDACTED]  
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO  
Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

**SENTENCIA N° [REDACTED]**

Ilmos. Sres.

[REDACTED] – Presidente AP Murcia.

[REDACTED] – Presidente de sección

[REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a 24 de febrero de 2022

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario [REDACTED], que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia n° 16 de Murcia, entre las partes: como actor [REDACTED]

representado por el/la Procurador/a D<sup>a</sup> Rocío Bernal Barnuevo y dirigido por el Letrado D. Bartolomé Giménez Ibarra, y como demandado Banco de Santander SA, representado por el/la Procurador/a dirigido por el Letrado En esta alzada actúan como apelante Banco de Santander SA y como apelado.

Siendo Ponente el Ilmo. en comisión de servicios, que expresa la convicción del Tribunal.

## HECHOS

**Primero:** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia en los referidos autos de Juicio Ordinario nº se dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *Que estimando íntegramente la demanda formulada por la procuradora Doña Rocío Barrionuevo Bernal en nombre y representación de frente a Banco Santander SA:*

*1.-Se declara la nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula suelo inserta en la estipulación tercera, apartado tercero, de la escritura de fecha 22 de octubre de 2008 retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc.*

*2.-Se condena a la parte demandada a la devolución a la parte actora de las cantidades indebidamente percibidas desde la aplicación de la cláusula suelo hasta la fecha de su efectiva eliminación e inaplicación, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las bases indicadas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, en caso de que no procediese al cumplimiento voluntario de la presente resolución, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de los respectivos abonos hasta su completa satisfacción.*

*3.-Se condena a la parte demandada al abono de las costas causadas en esta instancia".*

Dicha sentencia fue aclarada por auto de 10 de diciembre de 2020, sin que tal aclaración afectase a la parte dispositiva anteriormente transcrita.

**Segundo:** Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por Banco de Santander SA exponiendo por escrito y dentro del plazo legal, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a [REDACTED], emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, se presentó escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº [REDACTED] que ha quedado para resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 23 de febrero de 2022 su votación y fallo.

**Tercero:** En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero: Objeto del recurso de apelación.**

1.-Se interpone recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia que estima íntegramente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula suelo y fijando las consecuencias económicas de tal declaración, con expresa condena en costas.

2.- Se denuncia en el recurso interpuesto la nulidad declarada, defendiendo la validez de dicha cláusula suelo al haber sido la misma debidamente negociada entre las partes como consecuencia de la novación de la escritura de

préstamo original por otra de 22 de octubre de 2008. Dicha novación se solicita por el cliente que es quien elige las cláusulas que hay que modificar, fijándose una cláusula superior a cambio de mayores beneficios en el préstamo concertado, por lo que no es de aplicación la Directiva 93/13. Entiende que se infringe la doctrina del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales que cita. Finalmente considera que no es procedente la condena en costas.

3.- La parte apelada se opone al recurso y solicita su desestimación, confirmando la sentencia apelada. Considera que el recurso sólo tiene una finalidad puramente dilatoria, correspondiendo a la entidad de crédito la carga de la prueba de la negociación, no habiendo aportado prueba alguna de información precontractual u oferta vinculante, negando que exista infracción alguna de la doctrina jurisprudencial.

#### **Segundo: Examen de la validez de la cláusula suelo.**

4.- Entiende la parte recurrente que la cláusula suelo fue debidamente negociada, por lo que no puede ser considerada como una condición general de la contratación, ni el contrato como de adhesión dado que lo importante es si el consumidor hubiera podido eludir dicha cláusula, lo que hubiera sido posible dentro de la negociación entre las partes, aceptando la cláusula suelo la parte actora por su propio interés. De forma subsidiaria, entiende que se cumple el control de inclusión, destacando que estamos ante un elemento esencial del contrato al afectar al precio, por lo que no puede ser objeto de control de abusividad por impedirlo el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Igualmente, entiende que cumple el control de transparencia en los términos señalados para el mismo por la STS de 9 de mayo de 2013, habiendo facilitado información suficiente para que el cliente conociese el alcance y consecuencias económicas de dicha cláusula.

5.- La parte apelada niega que hubiese ningún tipo de negociación para la inclusión de dicha cláusula en el contrato, así como entiende que no cumple las

exigencias para superar el control de transparencia y de incorporación, por lo que debe de confirmarse su nulidad.

6.- Dicho motivo debe de anticiparse que será desestimado, confirmando los acertados razonamientos de la sentencia apelada que no han sido desvirtuados por las alegaciones de la parte recurrente.

7.- De las tres notas caracterizadoras del concepto legal de condición general de contratación: predisposición, generalidad e imposición (art 1 LCGC), no se vienen a cuestionar las dos primeras (cuya concurrencia es evidente), pero sí la tercera, que se niega, al indicarse que fue negociada dicha cláusula antes de la concesión del préstamo hipotecario habiendo recibido el consumidor información suficiente para conocer el alcance y consecuencias económicas y jurídicas que para él suponía la existencia de una cláusula suelo como límite a la variación del tipo de interés, entendiéndose que la carga de la prueba de dicha falta de imposición corresponde a la parte actora.

8.- Para su rechazo basta remitirnos a lo señalado en la STS de 22 de abril de 2015 *"Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta"*

9.- En el presente procedimiento, más allá de las alegaciones genéricas de la parte apelante, no existe prueba de negociación, debiendo recordar que la carga de la prueba del cumplimiento de las exigencias de información al cliente corresponde a la entidad de crédito, de acuerdo con el régimen general derivado del artículo 217 LEC y del principio de facilidad probatoria. La parte apelante no ha aportado documento alguno, ni siquiera una oferta vinculante, en los que justificase la pretendida información, sin que las circunstancias de este caso puedan justificar una real y efectiva información y un exacto conocimiento de los efectos derivados de la cláusula suelo impugnada.

10.- Consecuencia de lo anterior, y atendida la condición de consumidor de la parte actora es que el régimen jurídico aplicable a las cláusulas impugnadas es tanto la LCGC como la LGDCU, y por ello el control de transparencia como condición general de la contratación que afecta a un elemento esencial del contrato, conforme al art 4.2 de la Directiva 93/13. Control que, como ya se ha anticipado, tampoco se cumple en los términos en los que ha sido desarrollado por la jurisprudencia.

11.- En atención a ello, debemos de declarar la falta de transparencia de la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 31 de mayo de 2006 y reiterada en la escritura de novación de 22 de octubre de 2008. Debemos anticipar que este tribunal comparte la valoración de la prueba desarrollada en la sentencia apelada, así como su apreciación jurídica. No obstante, efectuaremos a continuación algunas observaciones al hilo de los términos del recurso de apelación por apurar la respuesta judicial, siguiendo a tal efecto lo ya señalado en la SAP Murcia (4ª) 859/21, de 15 de julio: *"En primer lugar, la apreciación de la ausencia de transparencia se ajusta a la doctrina jurisprudencial reiterada sobre control de transparencia en cláusula suelo contenida, entre otras, en la STS de 20 de diciembre de 2018, después reiterada en las de 11 de enero y 18 de febrero de 2019.*

*"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 las cláusulas del contrato ofertado.*

*El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.*

*[...]El control de transparencia, como ha declarado reiteradas veces esta sala, entre otras STS.593/2017, de 7 de noviembre, no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta. Del mismo modo que el deber de poner a disposición del consumidor la información relativa a la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en la determinación del interés, en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable, no puede quedar reducido a que los*

*prestarios puedan acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos-a su firma (STS 61412017, de 16 de noviembre), o a la mera lectura de la escritura por- el notario en el momento de su otorgamiento ( STS 464/2014, de 8 de septiembre )."*

*No consta que la cláusula suelo haya sido objeto de una información específica en la fase precontractual previa a la formalización de la referida escritura, o en palabras del TS, que "el banco suministrara al cliente un plus de información previa y tratamiento principal de la cláusula suelo insertada en la novación modificativa que le permitiera adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba la aplicación de la citada cláusula"*

*No hay el mínimo soporte documental de esa información precontractual, que es determinante cuando la cláusula es esencial por afectar al precio, sin que conste siquiera su referencia en la escritura notarial, ya que la aportada es incompleta .Si se desconoce si se dio información y en su caso en qué términos se expuso al prestatario, así como cuándo se facilitó y qué tiempo dispuso el mismo para formar su decisión, resulta imposible predicar que con ello se colma el requisito de transparencia, sin que la ubicación y redacción en la escritura y su lectura notarial, basten per se para superar el control de transparencia, según jurisprudencia reiterada*

*En segundo lugar, no se acredita que los actores en el momento relevante estaban en disposición de aprehender el alcance y sentido económico y jurídico de la cláusula suelo cuando no se centró en el límite a la variabilidad, sino que pasa desapercibida en el conjunto del préstamo. Así la STS 53/2020, de 23 de enero, cuya ratio es trasladable, argumenta «. ...Al igual que cuando se trata de un primer contrato celebrado ex novo entre el banco y el consumidor, y no de una subrogación, que las partes negociaran el importe del préstamo, el plazo de devolución y el tipo de interés remuneratorio, incluso cuando el consumidor consigue unas condiciones más favorables que las inicialmente ofertadas por el banco, no significa necesariamente que en esa negociación estuvieran incluidas otras cláusulas, como es el caso de la*



*llamada " cláusula suelo", ni que el consumidor tuviera conocimiento de su existencia y trascendencia".*

12.- El examen de las circunstancias concurrentes en este caso incidente sobre la ausencia de información. La escritura de préstamo hipotecario inicial (documento nº 3 de la demanda) de 31 de mayo de 2006, en su apartado 3.3 establece un mínimo para la variabilidad del tipo de interés en el 3,82 %. Sorprendentemente, en la escritura de novación de 22 de octubre de 2008 (documento nº2 de la demanda), no sólo se mantiene dicha cláusula en el mismo apartado 3.3, sino que se eleva a 5,50 %. Difícilmente se puede justificar una efectiva información sobre el alcance y efectos de dicha cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés cuando se eleva de forma significativa la misma dentro de un conjunto de previsiones contractuales secundarias a la cláusula de interés variable, de manera que, a través de dicha cláusula se convierte un interés variable, que nominalmente sigue siendo el tipo de interés que rige en el préstamo, por un interés fijo del 5,50 % muy superior al normal de los préstamos con garantía hipotecaria y al que derivaba de la aplicación del índice de referencia pactado para el interés variable. La parte apelante no ha intentado ni siquiera probar una efectiva información al consumidor, por lo que sufre las consecuencias de dicha ausencia de prueba, debiendo desestimarse este motivo de apelación.

**Tercero: Costas de la primera instancia.**

13.- El último motivo de apelación es el relativo a la condena a la parte demandada al pago de las costas de la demanda que se contiene en la sentencia apelada. Considera el recurrente que no es procedente su imposición sin mayores argumentos.

14.- Dicho motivo será desestimado. En primer lugar, porque existe una estimación íntegra de la demanda de acuerdo con el objeto del proceso tal como

quedó delimitado en el acto de la audiencia previa, a la que resulta aplicable el principio de vencimiento objetivo establecido en el artículo 394.1 LEC.

15.- Por lo que respecta a la alegación sobre la existencia de dudas de derecho, tampoco alegadas por la parte apelante en su recurso, las mismas no pueden ser apreciadas. Así se ha pronunciado la STS 472/20, de 17 de septiembre en la que, en aplicación del principio de efectividad y en la línea de la STJUE de 16 de julio de 2020 y de su doctrina anterior contenida en la STS 419/2017 de 4 de julio entiende que la concurrencia de dudas de derecho no debe enervar la imposición de costas procesales a la entidad bancaria, en orden a evitar que se produzca un efecto disuasorio inverso.

**Cuarto: Costas de esta alzada.**

16.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander SA contra la sentencia dictada en fecha 20 de julio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario [REDACTED] debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la citada resolución y todo ello con expresa condena en costas a la parte apelante

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar al mismo el destino que legalmente corresponda.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que, contra la misma, cabe recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

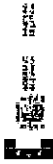
1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 tutelar 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.



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 08/03/2022 13:36

Mensaje

|                   |                                 |                                                     |                      |
|-------------------|---------------------------------|-----------------------------------------------------|----------------------|
| IdLexNet          |                                 |                                                     |                      |
| Asunto            | Comunicación del Acontecimiento |                                                     |                      |
| Remitente         | Órgano                          | AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 4 de Murcia, Mur |                      |
|                   | Tipo de órgano                  | AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)                       |                      |
|                   | Oficina de registro             | OF. REGISTRO Y REPARTO AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL   |                      |
| Destinatarios     |                                 |                                                     |                      |
|                   | Colegio de Procuradores         | Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia           |                      |
|                   | BERNAL BARNUEVO, ROCIO          | 490]                                                |                      |
|                   | Colegio de Procuradores         | Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia           |                      |
| Fecha-hora envío  | 08/03/2022 13:08:42             |                                                     |                      |
| Documentos        |                                 | Descripción                                         |                      |
|                   | Expon (Principal)               | Hash del Documento:                                 |                      |
| Datos del mensaje |                                 | Procedimiento destino                               | RECURSO DE APELACION |
|                   |                                 | Detalle de acontecimiento                           | SENTENCIA            |
|                   |                                 | NIG                                                 | 30                   |

Historia del mensaje

| Fecha-hora          | Emisor de acción                                                       | Acción       | Destinatario de acción                                                 |
|---------------------|------------------------------------------------------------------------|--------------|------------------------------------------------------------------------|
| 08/03/2022 13:36:33 | BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia | LO RECOGE    |                                                                        |
| 08/03/2022 13:08:52 | Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia (Murcia)                     | LO REPORTE A | BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia |

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.