



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00496/2023

Modelo: N10250
DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Teléfono: 981182091 Fax: 981182089
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MP

N.I.G. 15030 42 1 2019 0000927

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001197 /2021

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000085 /2019

Recurrente: TARGOBANK SA

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado: MIGUEL PARDO DE VERA MORENO, MIGUEL PARDO DE VERA MORENO

S E N T E N C I A

Nº 496/202

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION CUARTA-CIVIL-MERCANTIL**

Ilmos/as.Magistrados:

D.
D^a
D^a

En A CORUÑA, a treinta de junio de dos mil veintitrés

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000085 /2019, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0001197 /2021, en los que aparece como parte apelante, TARGOBANK SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a.

, asistido por el Abogado D. , y como parte apelada, , representado por el Procurador de los



tribunales, Sr./a. [REDACTED], asistido por el Abogado D. MIGUEL PARDO DE VERA MORENO, sobre NULIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE A CORUÑA, se dictó resolución con fecha 30-04-2021, en el procedimiento del que dimana este recurso, que contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por [REDACTED], representados por la Procuradora [REDACTED] contra la entidad TARGOBANK S.A., representada por la Procuradora [REDACTED] DEBO:

Primero.- declarar y declaro la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo contenida en la cláusula 3.3.a.- Límite de la variación del tipo de interés aplicable, de la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrita entre las partes otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Galicia [REDACTED], bajo el número 889 de su orden de protocolo (DOCUMENTO N° 1), cuyo tenor literal dice: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50%."

Segundo.- condenar y condeno a la entidad demandada a que se tenga por no puesta y a la devolución al prestatario de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula suelo, con sus intereses legales desde el momento en que comenzó a aplicar de forma indebida la meritada cláusula, procediendo asimismo al recálculo del préstamo sin la cláusula declarada abusiva.





Combate la apelante la sentencia en cuestión alegando que la misma incurre en incongruencia omisiva e incongruencia *ultrapetita* y defiende la validez de la cláusula suelo, apoyándose en el perfil cualificado de los contratantes y en la existencia de una suficiente información precontractual.

La representación procesal de los demandantes se opone al recurso formulado de contrario, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Incongruencia

Se abordan aquí dos motivos de apelación. En primer lugar se alega por la demandada que la sentencia incurre en **incongruencia omisiva** porque la misma no analiza la circunstancia excepcional relativa al perfil del contratante, puesta de manifiesto en la contestación, ni tampoco la existencia del acuerdo privado de 16 de junio de 2015.

En cuanto al perfil del contratante, el mismo sí es abordado en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida. Al analizar la transparencia de la cláusula suelo se parte de la condición de consumidores de los prestatarios y de la insuficiencia de la información suministrada a los mismos. Y es que, como analizaremos al tratar el siguiente motivo de apelación, el perfil cualificado de los prestatarios no exonera a la entidad bancaria del deber de información. Para superar el control de transparencia material, y por encima del especial conocimiento que tenga el prestatario en la materia, ha de acreditarse que se le ha advertido sobre la existencia de la cláusula. Y esta cuestión es tratada expresamente por la sentencia de instancia, que razona lo siguiente:

"En el caso de autos en modo alguno la entidad demandada ha probado que la cláusula debatida haya sido negociada, por lo que ha de excluirse todo atisbo de negociación en este sentido. La prueba practicada en el acto del juicio así lo demuestra. Pues a los intentos de la defensa de la parte demandada, lo cierto es que no consta acreditada la prestación de información alguna con relación a [REDACTED] y con relación a [REDACTED], el testigo dio por hecho que



disponía de esa información, pero no se ha demostrado que informase acerca de la existencia de un límite. El alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares, no resultó destacada, ni diferenciada, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de la escritura pública del préstamo hipotecario, en donde su referencia se realiza sin resaltar, sin especificar nada dentro de una cláusula más amplia y extensa.

La mera lectura de la escritura por el Notario, pese a lo alegado por la demandada, nada salva. Así lo señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de septiembre de 2014."

No existe, por tanto, la incongruencia omisiva invocada. Tampoco en lo relativo al acuerdo privado de 16 de junio de 2015. Dice la apelación que la existencia del mismo fue puesta de manifiesto en la contestación a la demanda y que la sentencia no sólo no se pronuncia sobre el mismo, sino que alude a un contrato privado inexistente, el de 31 de marzo de 2016. Pues bien, ningún pronunciamiento se exigía respecto de la validez del acuerdo privado de 16 de junio de 2015 mismo porque la misma no era cuestionada en la demanda. Y no es cierto que la sentencia se refiera a un contrato privado de 31 de marzo de 2016; en su página 13, abordando ese deber de información que incumbía al Banco, la Magistrada de instancia cita la SAP Coruña, Sección 4ª, de 5 de septiembre de 2019, que es la que habla de un acuerdo privado de 31 de marzo de 2016 (folio 14). No obstante, puesta de manifiesto por la demandada la existencia del acuerdo privado de 16 de junio de 2015, el mismo sí debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar, en fase de ejecución de sentencia, los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Y sólo en este sentido vamos a precisar el fallo de la sentencia recurrida. Así, declarada nula la cláusula suelo inserta en la escritura pública de 28 de septiembre de 2010, habrá de calcularse de nuevo el cuadro de amortización del préstamo teniendo en cuenta los períodos en los que se aplicó un interés fijo y respetando también la validez del acuerdo privado de 16 de junio de 2015.



Y sobre la supuesta **incongruencia extra petita**, dice la apelante que la sentencia declara la nulidad de la cláusula suelo y la cláusula de demora en relación con la escritura de 28 de septiembre de 2011, cuando en la demanda se pedía la nulidad de las cláusulas insertas en la escritura de 28 de septiembre de 2010. Pero de la lectura del conjunto de la documental obrante en autos se deduce claramente que la referencia al año 2010 que se realiza en el documento 1 de la demanda es un error de transcripción. En el expositivo primero (página 6) de la escritura de compraventa aportada por la demandada como documento 1 de la contestación se refiere a la escritura de compraventa en los siguientes términos: *"según se desprende de la escritura de compraventa autorizada por mí en el día de hoy, número de protocolo anterior al de ésta"*. Y la escritura de compraventa en cuestión, aportada como documento 1 de la contestación, es de fecha 28 de septiembre de 2011; fecha que coincide con la que consta en la nota simple informativa que se aporta como documento 2.

Por todo lo cual este tercer motivo de recurso debe ser también desestimado.

TERCERO.- Control de transparencia sobre cláusulas predispuestas referidas al objeto principal del contrato.

La cláusula suelo forma parte del objeto principal del contrato. La STS (1ª) núm. 171/2017, de 9 de marzo, resume la doctrina jurisprudencial que parte de la STS de 9 de mayo de 2013, señalando que el "control de transparencia" tiene su justificación en el artículo 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» (SSTS (1ª) núm. 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo).

Tras vincular la doctrina jurisprudencial así resumida con la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler) y en las más recientes SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García), explica la citada STS de 9 de marzo de 2017 que "La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado". El consumidor, para prestar su consentimiento, debe estar en condiciones, por lo tanto, de conocer, comprender y valorar el precio y la contraprestación, pues solo bajo esta premisa cabe mantener la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato que es la que justifica la exclusión del control de contenido de esta clase de cláusulas. Paralelamente, cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no son transparentes y, por ello, no pudieron ser conocidas y valoradas antes de su celebración, falta la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. De ahí que, dice la mencionada STS, el control



de transparencia, a la postre, supone 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.

Bajo estas premisas, y con el apoyo instrumental de los criterios de valoración que la misma jurisprudencia proporciona, es en ocasiones posible sostener la falta de transparencia de cláusulas predispuestas de limitación a la variabilidad del tipo de interés aplicable a cada periodo de revisión en préstamos de larga duración, particularmente cuando la entidad prestamista crea la apariencia, y genera en el consumidor la confianza, de un préstamo a interés realmente variable, sin destacar o relegando la importancia de cláusulas que, en realidad, convierten lo ofrecido y comprometido en un préstamo con interés remuneratorio variable solo al alza. Cuando así ocurre, es decir, cuando no trasluce en el contrato, ni resulta de la información recibida en los tratos precontractuales, la verdadera importancia que la limitación tiene en la definición del elemento esencial del contrato de préstamo, cual es el precio que el consumidor habrá de satisfacer por el dinero prestado, el acuerdo económico que el consumidor creía haber alcanzado resulta alterado, y la protección de su interés impone la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato.

Aplicada la anterior doctrina al presente caso y resultando que la cláusula litigiosa es una condición general de la contratación, debemos analizar si la misma supera el control de transparencia.

La sentencia recurrida sostiene que no, por los motivos expuestos en el Fundamento de Derecho Primero y que han sido transcritos al abordar el primer motivo de recurso.

La recurrente, decíamos, sólo combate el **control de transparencia material** y lo hace apoyándose en el perfil cualificado de los contratantes y en la existencia de una suficiente información precontractual.



Pues bien, tras valorar la prueba practicada en el acto del juicio, compartimos las conclusiones alcanzadas por la juzgadora de instancia. Es cierto que el [REDACTED] sí tiene un especial conocimiento de la materia; un año antes de la suscripción del préstamo hipotecario que ahora nos ocupa constituyó una mercantil que tiene por objeto la intermediación financiera, aunque luego no se dedique a ella. Por tanto, consideramos que sí tenía capacidad para entender las cláusulas financieras incluidas en su préstamo, entre ellas la cláusula suelo. Pero para superar el control de transparencia material, y por encima del conocimiento que pueda tener una persona, también ha de probarse que se le dio una suficiente información. La demandada sólo aporta un documento de la fase precontractual, la oferta vinculante firmada por los prestatarios; la misma reproduce el mismo esquema que la escritura de préstamo y la existencia del suelo no aparece especialmente resaltada. Como plasma la sentencia de instancia, no consta acreditada la prestación de información alguna a los prestatarios sobre el funcionamiento de la cláusula suelo; el testigo dijo en su declaración en el acto del juicio que dio por hecho que [REDACTED] disponía de esa información.

Recuerda el TS en su Auto de 31 de enero de 2018 que no existen medios tasados para obtener el resultado de un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión [REDACTED] después de haber sido informado cumplidamente, es [REDACTED] un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. En este mismo sentido la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, afirmó que en el análisis del control de transparencia no es necesario que el tribunal analice todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013 para poder concluir, en su caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

Y al llevar a cabo este análisis, es relevante el contexto en el que se enmarca el contrato de préstamo analizado, mucho



antes de la STS 241/2013, de 9 de mayo, que provocó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo. Lo cual, analizado con el resto de circunstancias concurrentes, nos lleva a concluir que la cláusula suelo contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario de 28 de septiembre de 2011 no supera el control de transparencia o comprensibilidad real, ratificando así los acertados razonamientos contenidos en la sentencia de instancia.

CUARTO.- Costas del recurso y depósito

Al ser desestimado el recurso de apelación es procedente imponer a la apelante las costas de esta alzada (artículo 398.1 LEC).

Se dispondrá la pérdida del depósito constituido para recurrir, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ, apartado 9.

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

FALLO

La Sala acuerda DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de TARGOBANK S.A. contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº7 de A Coruña en los Autos de procedimiento Ordinario 85/2019, confirmando la resolución recurrida. Todo ello con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Debemos precisar, que el alcance de la condena restitutoria ligada a la declaración de nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo analizada, debe



salvaguardar la validez del acuerdo privado de 196 de junio de 2015.

Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACIÓN y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurran los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, 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

Asinado por: GENTO CASTRO, MARIA ZULEMA
Data e hora: 10/07/2023 12:28:02

Asinado por: GONZALEZ-CARRERO FOJON, PABLO
SOCRATES
Data e hora: 10/07/2023 10:20:23

Asinado por: FERNANDEZ MARQUEZ, LORENA
Data e hora: 10/07/2023 09:32:19

