



**Audiencia Provincial Civil de Madrid**  
**Sección 28 Refuerzo**  
c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035  
Tfno.: 914931830  
Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: [REDACTED]

**Recurso de Apelación 1004/2022**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 07 de Arganda del Rey

**APELANTE:** BANCO SANTANDER S.A.  
PROCURADOR D./Dña. JOSÉ MANUEL JIMÉNEZ LÓPEZ

**APELADO:** [REDACTED]  
PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS SERRANO IGLESIAS

**SENTENCIA Nº 46/2023**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**  
D./Dña. LUISA MARÍA HERNAN-PÉREZ MERINO  
D./Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO  
D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a diecinueve de enero de dos mil veintitrés.

La Sección vigésimo octava Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de [REDACTED], procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Arganda del Rey, que ha dado lugar al Rollo 1404/2022 seguidos entre partes, de una, como parte demandante-apelada D./Dña. [REDACTED] y de otra como demandado-apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. (hoy Banco Santander S.A.), representado por el Procurador D. José Manuel Jiménez López

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Doña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Arganda del Rey en fecha 10 de enero de 2020, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

” Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D.





FRANCISCO ABAJO ABRIL, y, en su mérito declaro la nulidad de la cláusula del contrato suscrito entre las partes en fecha 26 de enero de 2004 por la que se establece un tipo mínimo de aplicación del 2.50 por ciento y un máximo del 9,75 por ciento. Que en consecuencia, debo **CONDENAR Y CONDENO** a la entidad bancaria demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la expresada cláusula, desde el día de la suscripción del préstamo, sin aplicación del límite mínimo, así como a los intereses legales de la cantidad que resulte desde cada cobro indebido. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.”

**SEGUNDO.-** La parte demandada interpuso recurso de apelación, que fue admitido y dado traslado se presentó oposición por la contraria, y previos los correspondientes emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso quedaron en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 17 de enero de 2023

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan y tienen por reproducidos los fundamentos de derecho de la resolución recurrida.

#### **PRIMERO.- SOBRE LA INCONGRUENCIA OMISIVA. OMISIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO RELATIVO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCION**

Debe significarse en primer lugar, que no existe la incongruencia que se denuncia, pues en el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia, apelada, se resuelve expresamente la excepción planteada.

En todo caso, no pueden compartirse las alegaciones de la parte, puesto que el plazo de cuatro años del art. 1301 CC lo es para la acción de anulabilidad, y no para el presente supuesto, en el que tratándose de nulidad radical la acción no caduca, ni para su declaración ni para sus consecuencias

Como se establece en la sentencia de esta sección de 3 de junio de 2022, nº 1468/2022:

"Los casos de condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas individualmente abusivas son casos de nulidad de pleno derecho ( art. 8 LCGC y art. 83 TRLGDCU, en trasposición del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [ Directiva 93/13]) no sometidas a plazo de caducidad ni de prescripción en cuanto a sus consecuencias que resultan ser ex lege de la propia declaración de nulidad."

Por lo anterior el motivo se desestima



## SEGUNDO.- SOBRE EL ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Alega la parte recurrente que en sentencia no se ha valorado toda la prueba aportada, cuando la contratación fue a través de oficina Directa y se le facilitaron todos los documentos y explicaciones necesarios y en concreto sobre la existencia y consecuencias de la llamada cláusula suelo

Como resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 2021

“Hemos de tener en cuenta que el control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores ha sido ya analizado en múltiples sentencias tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo.

2. En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb ; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai ; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Mate i; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove . A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

3. A su vez, la jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia.

Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este 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.

Se trata de impedir 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 pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.”

“5. En cuanto a la suficiencia de la escritura pública, como declaramos en la sentencia 483/2018, de 11 de septiembre, seguida después de otras muchas, no basta con la simple claridad gramatical. Parece que la sentencia recurrida considera que el mero control

de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC es suficiente para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia que imponen los arts. 4.2 de la Directiva y 60.1 y 80.1 TRLCU. Sin tener en cuenta que el contrato no contenía más información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal (afectaba al precio del préstamo). El mero examen del documento público revela que la cláusula de limitación del tipo de interés no está resaltada en modo alguno, sino que, por el contrario, estaba incluida como una más entre una serie de estipulaciones relativas a los intereses al final de un apartado, en el que se destacaba el diferencial.

6. Pero, sobre todo, no consta la existencia de una información previa. Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb , declara al referirse al control de transparencia:

"44. En efecto, 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".

Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei (EDJ 2015/12786), párrafo 75 ; 23 de abril de 2015, asunto C- 96/14, caso Van Hove , párrafo 47; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo .

Como hemos declarado en la sentencia 170/2018, de 23 de marzo, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar.”

“7. En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo , cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan).”

### **TERCERO.- APLICACIÓN AL PRESENTE SUPUESTO**

Analizando nuevamente la prueba practicada este Tribunal coincide con las conclusiones que se establecen en la sentencia apelada, pues si bien es cierto que la novación del préstamo con garantía hipotecaria en el que se incluyó la cláusula de limitación a la baja

del tipo de interés, se concertó a través de la oficina Directa del banco, no puede desconocerse que al contrario de lo que alega la parte, de los documentos aportados no se deduce que se facilitara a los prestatarios información previa sobre su existencia y consecuencias económicas y jurídicas.

Así es, del registro de llamadas no se extrae que se diera documentación, puesto que en los comentarios que así constan, se consigna “anulado” lo que implica que no pueda considerarse realizado, y el resto son comentarios respecto de la cuantía solicitada, plazo de amortización o bien sobre la tasación o seguro de hogar y únicamente se hace constar que se repasa la firma con el cliente, pero se ignora lo que incluye este comentario. Del resto de la documental no se extraen consecuencias distintas, pues en la solicitud no consta detallada la existencia de cláusula suelo y no consta remitido borrador de escritura (cuando se consigna que se envía documentación a todas las partes se pone “anulada”) y además debe acreditarse realizado con la debida antelación, sin que pueda considerarse que la declaración de la testigo, modifique lo antes señalado, pues debe estar probada la información facilitada para valorarla, y sin documentación acreditativa, no puede admitirse la suficiencia de la que se dice realizada, debiendo significar que un audio informativo en el que únicamente se dice que las condiciones de la novación incluirían una cláusula suelo, de importe distinto al luego establecido, y sin que se explique su significado, influencia y consecuencias, no puede valorarse a los efectos de considerar superado el control analizado y respecto del perfil de uno de los prestatarios, el hecho de que estudiara ciencias económicas no enerva la obligación del banco de facilitar la información suficiente requerida, y, además, no constan probados los específicos conocimientos sobre la materia y eso es ampliable al mero hecho de tener formación universitaria, pues para ser considerado un consumidor “experto” debe acreditarse el conocimiento específico y profundo, no necesitado de información, que la condición general o el producto requiere.

Por lo anterior, debe concluirse que la demandada no ha acreditado como le correspondía, que se explicaran las posibles situaciones o evolución de los tipos de interés, o se hicieran simulaciones que pudieran ilustrar sobre el precio del contrato en las diversas situaciones, tampoco consta que se le ofertaran otras condiciones o que se le explicara que por su perfil no era adecuado, existiendo desequilibrio contrario a la buena fe, ya que al suscribir el contrato el consumidor no puede saber, al menos a corto o medio plazo, cómo va a evolucionar el mercado por esa falta de información, y en consecuencia desconoce las consecuencias que en determinadas circunstancias su préstamo funcionará a tipo mínimo fijo, al darse un tratamiento secundario a esta estipulación, en los términos que establece la Sentencia del Tribunal Supremo nº 128/2019 de 4 de Marzo de 2019, pues no ofrece “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 les 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”, tratamiento secundario que como se ha dicho, concurre en el presente supuesto, y, en consecuencia, los motivos analizados conjuntamente por su íntima relación, se desestiman.

#### CUARTO.-- COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Alega la parte que no le deben ser impuestas las costas por existir serias dudas de hecho o de derecho

Resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2021, nº 658/2021 , la jurisprudencia en la materia, al señalar:

“En la reciente sentencia 126/2021, de 8 de marzo, cuya doctrina ratificamos en la ulterior sentencia 303/2021, de 12 de mayo, razonamos al respecto:

"Esta Sala, en reiteradas ocasiones, ha proclamado que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión, es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. En tal sentido es paradigmática, la sentencia del pleno de esta Sala 419/2017, de 4 de julio, en la que señalamos con respecto a la cuestión controvertida objeto del proceso que:

"1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo [...]"

Más recientemente, sobre la misma problemática, nos pronunciamos en sentencia 472/2020, de 17 de septiembre, cuya doctrina reproduce y aplica la sentencia 27/2021, de 27 de enero, en la que se declaró:

"[...] que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le

eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio".

La sentencia 31/2021, de 26 de enero, constituye una nueva manifestación de tal doctrina, que tiene su fundamento en las exigencias derivadas de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE, y, más recientemente, de la doctrina reflejada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

Por último, en este breve recorrido jurisprudencial, podemos citar la sentencia también del pleno 40/2021, de 2 de febrero, en la que proclamamos de nuevo que:

"1.- En las sentencias del pleno de este tribunal 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, 17 de septiembre, así como en la posterior 510/2020, de 6 de septiembre, hemos declarado que la excepción a la regla general del vencimiento en la imposición de las costas de primera instancia que establece el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basada en la existencia de serias dudas de derecho, no es aplicable en los litigios en que se ejercita una acción basada en la legislación que desarrolla la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos no negociados celebrados con consumidores.

2.- Hemos basado esta decisión en el principio de primacía del Derecho de la UE, que obliga a los jueces de los Estados miembros a inaplicar una norma de Derecho interno cuando la considere contraria al Derecho de la UE. Hemos entendido que se trata de una exigencia derivada de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE".

Incluso, en casos de estimación parcial, en la sentencia 404/2021, de 15 de junio, hemos señalado: "Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula gastos, aunque no se hayan estimado todas las pretensiones restitutorias, imponemos las costas de la primera instancia al banco demandado, de acuerdo con el principio de efectividad recogido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 ( STS 35/2021, de 27 de enero y 303/2021, de 12 de mayo)"."

Por lo anterior, el motivo se desestima

#### **QUINTO.- COSTAS DE ESTA ALZADA**

Al desestimarse el recurso, las costas se imponen a la parte recurrente. 398 LEC)

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



## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Jiménez López en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A., contra la sentencia número 7/2020 de 10 de enero de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 7 de Arganda del Rey, [REDACTED], por lo que se realizan los siguientes pronunciamientos

**1.- Confirmar la sentencia apelada.**

**2º. Imponer al apelante las costas de esta alzada.**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5399-0000-00-1004-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, 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 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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación 465 firmado electrónicamente por MILAGROS DEL SAZ CASTRO, LUISA MARÍA HERNAN-PÉREZ MERINO, FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL