



Roj: **SAP B 3/2017 - ECLI: ES:APB:2017:3**

Id Cendoj: **08019370152017100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **388/2015**

Nº de Resolución: **12/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DECIMOQUINTA**

Rollo núm. 388/2015-2ª

Juicio Ordinario núm. 188/2014-2ª (Condiciones generales de la contratación)

Juzgado Mercantil núm. 10 Barcelona

**SENTENCIA núm. 12/2017**

#### **Composición del tribunal:**

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

**Parte apelante:** Banco Popular Español, S.A.

Letrada: Núria Iglesias Tatjer.

Procurador: Carlos Montero Reiter.

**Parte apelada:** Lucio y Silvia .

Letrado: Federico Wahnich Chriqui.

Procuradora: Eulalia Rigol Trullols.

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 13 de marzo de 2015.

Parte demandante: Lucio y Silvia .

Parte demandada: Banco Popular Español, S.A.

ASUNTO.- Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: « *ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Eulalia Rigoll Trullols en nombre y representación de DON Lucio y DOÑA Silvia y dirigida contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y, en su virtud,*



DECLARO la nulidad de la "cláusula suelo techo" incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 6 de agosto de 2004, dado su carácter abusivo.

CONDENO a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a eliminar dicha cláusula del referido contrato.

IMPONGO las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de Banco Popular Español, S.A. por escrito de 21 de abril de 2015. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito el 20 de mayo de 2015 impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 8 de septiembre.

Ponente: magistrado JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO .- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1.- Lucio y Silvia interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario contra Banco Popular Español S.A. (Banco Popular), solicitaban que se declara la nulidad de la cláusula tercera bis 4 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con Banco Pastor (actualmente Banco Popular) el 6 de agosto de 2004. La cláusula en cuestión se refería a los límites a la variabilidad del tipo de interés aplicable, que no podía ser inferior al 2'25% nominal anual, ni superior al 9'75% nominal anual. La causa de la nulidad era la falta de transparencia en la incorporación al contrato de préstamo.

2.- Banco Popular se opuso a la demanda defendiendo que la cláusula en cuestión se había negociado individualmente con los demandantes, que la gestión del préstamo y sus incidencias se había realizado por medio de la oficina telemática denominada Oficina Directa, recibiendo los Sres. Lucio - Silvia detallada información sobre cada uno de los extremos que se incorporaban a la escritura de constitución del préstamo, incluida la previa suscripción de una oferta vinculante. Considera la parte demandada que el hecho de que en la escritura de constitución de la hipoteca el notario actuante haya indicado que no hubo oferta vinculante se debe a un mero error material. Se hacen, además, una serie de consideraciones jurídicas sobre el modo en el que se incorporó la cláusula al contrato de referencia y el alcance que la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueda tener para el supuesto de autos.

3.- Tras los trámites correspondientes, el 13 de marzo de 2015 se dictó sentencia estimatoria de lo pretendido por los demandantes, anulándose la cláusula de referencia por incorporación no transparente.

### SEGUNDO . - Motivos de apelación.

4.- Recurre en apelación Banco Popular, que considera que en la sentencia se ha valorado erróneamente la prueba propuesta, prueba que debería llevar a concluir que los prestatarios recibieron cumplida y detallada información sobre la cláusula de referencia, su alcance e incidencia en la determinación de los intereses variables del préstamo hipotecario. Que la cláusula en cuestión se incorporó de modo transparente y que la sentencia de primera instancia aplica incorrectamente la doctrina que deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Finalmente impugna también la condena en costas en primera instancia.

### TERCERO . - Sobre el error en la valoración de la prueba y la superación del doble control de transparencia.

5.- Considera la parte recurrente que antes de suscribirse el contrato la entidad financiera facilitó a los prestatarios información adecuada y suficiente sobre los términos y condiciones en que ambas partes había convenido que se regiría la operación. Considera la parte recurrente que la sentencia omite cualquier referencia a los distintos correos electrónicos cruzados entre las partes antes de la firma del contrato. Se indica además que el contrato de préstamo se gestionó por medio de la denominada «*oficinadirecta*», por lo que las gestiones se realizaron por medios telemáticos y por contacto telefónico entre los prestatarios y los empleados de la entidad prestamista.

6.- Debemos advertir que en el supuesto de autos no hay dato alguno que permita inferir que la cláusula fue negociada individualmente, tal y como sostiene el demandado, una cosa es que los prestatarios fueran informados de dicha cláusula, aspecto que luego examinaremos, y otra que fuese objeto de especial negociación, lo que hubiera supuesto que los prestatarios hubieran tenido posibilidad real de excluir dicha cláusula.



En la sentencia recurrida no se hace referencia directa a los correos electrónicos enviados, tampoco a las conversaciones telefónicas entre las partes. La sentencia realiza una valoración conjunta de la prueba practicada (documental) y del grado de información que respecto de la cláusula en cuestión se dio a los ahora demandantes, lo que permite considerar que el juez de instancia ha valorado también los correos electrónicos.

7.- Resumidamente podemos concluir que la validez o nulidad de la cláusula dependerá de la información que la entidad financiera hubiera proporcionado a los prestatarios antes de celebrar el contrato, esta información no puede ser ni vaga ni ambigua, debe advertir los efectos que la cláusula pudiera tener si los índices de referencia quedaban por debajo del mínimo pactado. Si la entidad ha informado de forma comprensible al cliente que el préstamo que va a suscribir tiene un interés mínimo fijo, cualquiera que fuera la bajada del índice de referencia, la cláusula se reputará válida.

8.- Por las anteriores razones es importante analizar los medios de prueba propuestos en los que puede constatar el grado de información recibida. A la vista del contenido del recurso, debe advertirse:

(i) Que los demandantes solicitaron vía web el préstamo de referencia, en este contexto, es fundamental advertir que la interlocución con el banco se efectuó por medio de distintos correos electrónicos.

(2) No se aportan en realidad correos electrónicos, sino una relación de correos y llamadas sin especificar el contenido (documento nº 3º de la contestación). Los correos fueron borrados, por lo que se aporta una relación de contactos, reseñados con un breve encabezamiento en el que en modo alguno se reseña que se tratara específicamente la cláusula limitativa de intereses. El documento nº 4 de la contestación es un CD con la grabación de una conversación telefónica en la que no consta que se abordara el contenido y alcance de la cláusula suelo.

(3) Ciertamente hay oferta vinculante (documento 5º) y minuta previa a la escritura notarial (documento 6º) en los que consta la cláusula limitativa del tipo de interés, pero esta cláusula no viene destacada, viene, en realidad, enmascarada dentro del epígrafe de los intereses variables y el interés sustitutivo, por lo que no es sencillo considerar acreditado que los prestatarios conocieran no sólo el contenido de la cláusula, sino su alcance y significado, entendiéndose como tal el conocimiento de las obligaciones jurídicas que entrañaba el préstamo y que determinaban que se pudiera convertir a la postre en un préstamo a interés fijo pese a que antes de la cláusula en cuestión se incluían una serie de bonificaciones que permitían reducir el diferencial.

(4) En la escritura de préstamo se omite la información sobre la existencia y alcance de la cláusula suelo, contradiciendo con ello la minuta previa y evidenciando la poca trascendencia que, en el posible trámite negociador, pudiera tener la cláusula en cuestión.

9.- Partiendo de la anterior alegación, y de la valoración de la prueba consistente en los correos electrónicos mencionados por la entidad financiera, debe ponderarse el grado de información suministrada a los prestatarios y el momento en el que se facilita esa información. En este punto resulta inevitable hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ROJ STS 1916/2013). En esta resolución se indica:

*"211 (...). 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.*

*212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante".*

En el ordinal 237 de la citada sentencia, cuando se aborda el momento y las circunstancias a tener en cuenta para valorar el carácter abusivo de una cláusula, el Tribunal Supremo señala que: *"para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".*

10.- Hemos de concluir, por tanto, que no se informó a los hoy demandantes con la debida precisión y detalle sobre el alcance y significado de la cláusula en cuestión, que no fue objeto de negociación específica, negociación que sí se produjo respecto de otros aspectos del préstamo.

**CUARTO.- Sobre el doble control de transparencia.**



**11.-** Invoca la representación de Banco Popular que la cláusula limitativa de tipo de interés no debía someterse al doble control de transparencia.

**12.-** Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que afirma que «en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste 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 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). 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. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

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.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo » (Así la STS de 29 de abril de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2207).

Poco más puede añadirse para rechazar, con ello, el segundo motivo del recurso de apelación.

#### **QUINTO.- Costas.**

**13.-** Las dudas de derecho que plantean estos asuntos y las modificaciones que ha sufrido la jurisprudencia en un breve lapso de tiempo determinan que hayamos de estimar en parte el recurso de apelación y revocar la condena en costas en primera instancia.

Al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no hay costas en segunda instancia ( artículo 398.2 LEC ).



## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 13 de marzo de 2015, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, excepto en lo referido a la condena en costas a la entidad demandada, pronunciamiento que se revoca.

No hay condena en costas en la segunda instancia.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ