



Roj: **SAP B 6458/2016 - ECLI:ES:APB:2016:6458**

Id Cendoj: **08019370152016100179**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/09/2016**

Nº de Recurso: **376/2015**

Nº de Resolución: **193/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6458/2016,**
STS 620/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 376/2015-2ª

Juicio Ordinario núm. 342/2014-E

Juzgado Mercantil núm. 7 Barcelona

SENTENCIA núm. 193/2016

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a nueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Parte apelante: La entidad mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Letrada: Doña Ana Arroyo Marín.

Procurador: Don Carlos Montero Reiter.

Parte apelada: Don Ángel y doña Rosa .

Letrado: Don Federico Wahnich.

Procuradora: Doña Eulalia Rigol Trullols.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 10 de octubre de 2014

Parte demandante: Don Ángel y doña Rosa .

Parte demandada: La entidad mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: « *ESTIMO íntegramente la demanda formulada por Dña. Eulalia Rigol Trullols, en nombre y representación de D. Ángel y Dña. Rosa , DECLARO la nulidad de*



la cláusula definida en el fundamento de derecho primero de esta resolución. Se hace imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación por escrito de 14 de noviembre de 2014 la representación de la entidad mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida el 26 de enero de 2015, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 14 de julio de 2016 pasado.

Ponente: magistrado JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Hechos y circunstancias necesarios para resolver el recurso.

La representación de don Ángel y doña Rosa interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (BANCO POPULAR), solicitando la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés incluida en el préstamo hipotecario suscrito por los actores con BANCO PASTOR, S.A. (actualmente BANCO POPULAR) el 27 de marzo de 2008.

La cláusula en cuestión, incluida dentro del pacto Tres bis, en el punto cuarto, establecía que las partes acordaban que el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable no podría ser inferior al 2'25% nominal anual.

Se solicitaba la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en la incorporación de la misma al contrato, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en la demanda.

La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 7 de Barcelona el 10 de octubre de 2014 anulaba la cláusula en cuestión por falta de transparencia en la incorporación de la cláusula al contrato. Concretamente la sentencia indicaba que « *En este caso, concurren tales requisitos en que reside la falta de transparencia pues ha quedado acreditado la falta de información suficiente en el sentido recogido en la sentencia del Tribunal Supremo, la ausencia de simulaciones de escenarios, ausencia de información comparativa y en cambio, consta acreditada su inclusión junto con otras cláusulas que contienen otros datos que diluyen la atención del consumidor, todo ello teniendo presente que es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés. Se está exigiendo en dicha resolución del TS, acertadamente, un plus de información, algo más que haber informado a los clientes de la mera existencia de la cláusula suelo, dentro, como una más, de las condiciones del contrato. Se exige algo más que la indicación de la mera presencia de la cláusula a través de la oferta vinculante, a través del clausulado del contrato o de su lectura en la firma de la escritura pública por parte del Notario. Se exige una información suficiente, en términos de "sobreinformación", acerca de la naturaleza, del sentido, de la finalidad de la cláusula y en particular de los efectos que podía producir, todo ello con un claro aislamiento de la cláusula en relación con el resto de condiciones del contrato, tal y como indica el TS* ».

En la propia sentencia se hace referencia al modo en el que fueron informados los prestatarios y así se indica que « *Finalmente, las posibles conversaciones que en orden a la formalización del contrato pudieran haber tenido los empleados de la entidad bancaria demandada con la parte demandante no pueden ser, en la mayoría de los casos, determinantes en modo alguno del resultado de esta sentencia por cuanto, por un lado, se trata de alegaciones de parte y del interrogatorio testifical de personas vinculadas por una relación laboral con la parte demandada y, por otro lado, de hechos acaecidos hace más de cinco años, todo lo cual, unido al hecho en sí que se pretende acreditar, rebaja la fuerza probatoria de los citados interrogatorios hasta la práctica inutilidad* ».

SEGUNDO . -Motivos de apelación.

La representación de BANCO POPULAR recurre en apelación la sentencia de referencia alegando, por una parte, error en la valoración de la prueba practicada en el procedimiento respecto del control de transparencia. Por otra parte, se alega la indebida inadmisión de la prueba propuesta por la demandada en el acto de juicio y la infracción de diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la vulneración del artículo 24 de la Constitución .

TERCERO. - Sobre el error en la valoración de la prueba practicada respecto del control de transparencia.

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.

En todo caso, 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.

Ciertamente, en la sentencia recurrida no se hace referencia directa a los correos electrónicos enviados, sin embargo, en la sentencia se 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.

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.

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:

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.

En el primero de los correos aportado por la demandada (documento nº 4 de la contestación) aparece reseñado el interés inicial y se hace mención a que el interés pactado tras el primer semestre será variable (Euribor más 0'25%), sin redondeo y con referencia a un interés mínimo del 2'25%; el correo es de 28 de enero de 2008.

Al correo anterior se acompaña un archivo anexo que recoge el folleto informativo, documento que la parte demandada asimila a la oferta vinculante, allí vuelve a aparecer la referencia al interés mínimo aplicable a las revisiones.

El documento nº 5 de los acompañados con la contestación es un nuevo correo electrónico del mismo día 28 de enero en el que se hace referencia a ese tipo mínimo inicial, dentro del apartado titulado Revisión Anual de Intereses. Este mismo mensaje se reproduce en el documento nº 7 el 6 de febrero, en términos idénticos en cuanto a la referencia al tipo mínimo de interés. En idénticos términos se refiere el correo incorporado al documento nº 8, también de 6 de febrero.

Es importante destacar que esos correos electrónicos, previos a la firma del contrato, sintetizan los elementos fundamentales del mismo, destacan en apenas dos folios los aspectos básicos referidos al capital prestado, el plazo de amortización, el interés inicial y el interés variable, con una mención expresa a la existencia de un interés mínimo aplicable en todo caso. Esta referencia es clara, precisa y suficiente como para considerar que los prestatarios fueron suficientemente informados sobre la cláusula en cuestión y su incidencia en el contrato.

Cierto es que en documentos posteriores (oferta vinculante y borrador de escritura) esta cláusula aparece incluida dentro del resto de condiciones generales, y que su contenido y significado pudo quedar diluido entre otras cláusulas y condiciones, pero esa circunstancia posterior no impide tener por acreditado que los prestatarios recibieron información previa clara y suficiente.

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.*

*2 12. 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"* .

Hemos de concluir que el contenido de los correos de referencia permite considerar acreditado el grado de información y el momento en el que el prestamista facilita la misma. Por lo tanto debe estimarse el motivo de apelación y revocarse la sentencia en este punto.

CUARTO.- Sobre la indebida inadmisión de la prueba en primera instancia y su incidencia en la segunda instancia.

La parte recurrente hace referencia a la inadmisión en primera instancia de distintos medios de prueba (la declaración de los actores y la prueba testifical). Esta Sección ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la práctica en segunda instancia de estos medios de prueba en el auto dictado el 16 de septiembre de 2015, allí se indicaba que transcurridos siete años de los hechos acaecidos, difícilmente será útil la versión que pueda ofrecer la empleada de la demandada, por otra parte, previsiblemente los actores ratifiquen lo manifestado en la demanda, de ahí que se considere inútil la práctica de la prueba en segunda instancia.

Tal y como se deriva de la resolución citada, la prueba no admitida en primera instancia no tiene trascendencia efectiva en la configuración de los hechos probados referidos al grado de información efectiva que recibieron los prestatarios para comprender el significado y alcance de la cláusula en cuestión. La prueba documental ha sido suficiente para la convicción tanto del juez como de la sala.

QUINTO.- Costas.

Al estimarse el recurso de apelación no hay imposición de las costas en la segunda instancia conforme al artículo 398.2 LEC . Respecto de las costas de la primera instancia no se imponen dadas las dudas de derecho que plantea la cuestión

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona dictada el 10 de octubre de 2014 , que se revoca sin que haya condena en costas respecto de las causadas en segunda instancia. En su lugar, debe desestimarse la demanda interpuesta por la representación de don Ángel y doña Rosa contra la entidad financiera BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., declarando, por lo tanto, la validez de la cláusula limitativa de los tipos de interés, todo ello sin que haya expresa condena en costas en la primera instancia. Con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir.

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.