



Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812442120158203855

Recurso de apelación 1559/2018 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Mollet del Vallés

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 691/2015

SENTENCIA núm. 1698/2019

Composición del tribunal:

MANUEL DIAZ MUYOR
ANNA QUERAL CARBONELL
MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, 2 de octubre de 2019

Parte apelante: BANKIA, S.A.

Letrado: David Jiménez Viladecans

Procurador: Marta Pradera Rivero

Parte apelada: [REDACTED]

Letrado: Cristina Muntañola Álvarez

Procurador: Mireia Carreras Triola

Resolución recurrida: sentencia

Fecha: 14 de febrero de 2018

Parte demandante: [REDACTED]

Parte demandada: BANCO MARE NOSTRUM, S.A. (hoy BANKIA, S.A.)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. [REDACTED], declaro la nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en la estipulación (D) del contrato de préstamo hipotecario de fecha 26 de julio de 2005, CONDENANDO la mercantil





BANCO MARE NOSTRUM, a la devolución, con carácter retroactivo, desde el 9 de mayo de 2013, de las cantidades cobradas en exceso por aplicación de dicha cláusula, más intereses legales”.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo e interesando la íntegra confirmación de la sentencia recurrida. Se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 10 de septiembre.

Actúa como ponente el magistrado Manuel Díaz Muyor.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La parte demandante, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria, solicitando la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés incluida en el contrato de compraventa, subrogación y novación de préstamo hipotecario que tuvo lugar el día 26 de julio de 2005.
2. Los actores adquirieron en dicha fecha una vivienda y parking en Parets del Vallés a [REDACTED] y se subrogaron en el préstamo hipotecario que tenía la misma con CAJA GRANADA, posteriormente BANCO MARE NOSTRUM y luego BANKIA, S.A.
3. En dicha escritura se dice que se modifica la duración del préstamo y los plazos de amortización, así como el interés ordinario, (Cláusula 3-D) donde en los términos que se dirán, se incluye la cláusula suelo techo que es objeto de impugnación en este procedimiento.
4. La parte demandante amparaba su demanda en la legislación y jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación y el modo en el que se incorporaban las cláusulas al contrato.
5. La entidad demandada se opuso a lo pretendido de contrario, alegando las excepciones y argumentos que a sus intereses convinieron, defendiendo, en síntesis, que la cláusula en cuestión se había incorporado de modo transparente al contrato. Se opuso a todas las pretensiones de la actora, interesando la íntegra desestimación de la demanda.
6. Tras los trámites correspondientes, el Juzgado dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, anulando la cláusula suelo-techo de referencia y condenando a la entidad demandada a reintegrar a la prestataria las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la indebida incorporación de la cláusula desde 9 de mayo de 2013. En la sentencia se





considera que la cláusula es una condición general y que no se incorporó al contrato de modo transparente por cuanto no se facilitó a los prestatarios la información necesaria para la correcta comprensión de la cláusula y sus consecuencias.

7. El banco apela la sentencia centrando sus argumentos en se proporcionó información suficiente antes de la firma del contrato, y en ella se informaba también de la inserción de una cláusula suelo. La actora se opone al recurso, interesando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto.

8. Como se ha apuntado anteriormente, los actores tenían la intención de adquirir una vivienda en Parets del Valles, en una promoción construida por la vendedora [REDACTED]
9. Para ello, y dado que esta inmobiliaria tenía concertado un préstamo a promotor con CAJA DE AHORROS DE GRANADA, los actores se pusieron en contacto con esta entidad, firmando el 20 de junio de 2005 una solicitud de subrogación y novación de préstamo, donde aparece esta cláusula suelo-techo ahora impugnada.
10. Al mismo tiempo, para completar el capital que precisaban para adquirir la vivienda a la inmobiliaria, negociaban con la entidad financiera un préstamo personal de 60.000 euros, en el que también se incluía una cláusula limitativa de los tipos de interés en los mismos términos. Este préstamo fue firmado el mismo día en que se suscribió el contrato de compraventa y subrogación de hipoteca.
11. El día 14 de julio se entregaron a los prestatarios las ofertas vinculantes de las dos operaciones, donde constaban las cláusulas suelo techo.

TERCERO. Motivos de apelación.

12. Recurre en apelación la parte demandada, en su escrito denuncia una incorrecta valoración de la prueba practicada por cuanto considera que la cláusula en cuestión no es una condición general, sino una cláusula especialmente negociada con los demandantes. En definitiva, la sentencia es recurrida en apelación por la demandada, que insiste en que la cláusula fue negociada individualmente al novar y modificar el préstamo inicialmente concedido y que la cláusula supera el control de incorporación y transparencia por lo que, al no resultar la cláusula abusiva, no procede efectuar abono de cantidad alguna.
13. La parte actora se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

CUARTO. Sobre el control de transparencia de las cláusulas suscritas por consumidores. Doctrina jurisprudencial.

14. Planteados los términos del debate y entrando a analizar la validez de la cláusula, la cuestión litigiosa ha de resolverse de acuerdo con los criterios sentados por distintas resoluciones de esta Sección, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (concretamente la Sentencia de 9 de mayo de 2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916 y la posterior de 8 de septiembre





de 2014 - ECLI:ES:TS:2014:464/2014 -. Esta jurisprudencia la hemos sintetizado en la Sentencia de esta Sección de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES: APB: 2018:7270).

15. Estos criterios permiten considerar que tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.
16. Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato".
17. El fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).
18. Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 49).
19. En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.
20. La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado. La exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la





evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

21. Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo.
22. Así pues, para llevar a cabo el control de transparencia, como establece el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia núm. 36/2018, de 1 de enero de 2018 : "Resulta muy importante no perder de vista su razón de ser, tal y como lo afirma la sentencia 171/2017, de 9 de marzo : "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 pactados.

"Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

"Por eso, 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".

23. En conclusión, la cláusula limitativa de los tipos de interés debe considerarse una condición general y, aunque afecta a un elemento





esencial del contrato - al precio - es posible realizar el control de transparencia.

QUINTO. Sobre el control de transparencia en los supuestos de novación del contrato.

24. El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del control de transparencia en los supuestos en los que se ha producido una novación modificativa de algunas condiciones de la escritura de préstamo hipotecario tras la firma de la escritura inicial, novación que hubiera modificado, al alza o a la baja, la denominada cláusula suelo. La Sentencia de 13 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2195) ha sintetizado el criterio de la Sala referido en distintas resoluciones: "La sala, recientemente, se ha pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia 216/2018, de 11 de abril, con ocasión de un supuesto muy similar al presente. También en aquel caso había habido una novación del crédito hipotecario, con una ampliación del importe del crédito y de los plazos de amortización, y fue entonces cuando se incorporó al contrato la cláusula suelo. Tanto en el caso del precedente que ahora invocamos como en el presente, la Audiencia Provincial entendió que habían sido negociados no sólo la ampliación del crédito y los plazos de amortización, sino también la cláusula suelo.

"Frente a ello, en la sentencia 216/2018, de 11 de abril, declaramos lo siguiente: "La referencia que la sentencia contiene a la existencia de negociación ha de entenderse como una valoración jurídica, revisable en casación, y no como una afirmación de hechos. Que la cláusula suelo haya sido incluida en la escritura de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, subsiguiente al de compraventa y subrogación de los compradores de la vivienda en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor, que es a lo que la Audiencia Provincial anuda la existencia de negociación, no supone que la cláusula suelo haya sido negociada.

"Habrà podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del consumidor para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo.

"Ha de recordarse que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Por tanto, no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario)





para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociado".

"En el presente caso, en que la Audiencia también extrae el carácter negociado de la cláusula suelo de que hubiera sido introducida con la ampliación del crédito, como una contraprestación al mismo, debemos aplicar la misma doctrina, y considerar que tal calificación es errónea. Si no existe ningún otro elemento de juicio añadido a la mera circunstancia de que la cláusula suelo fue introducida con ocasión de la ampliación del crédito y la variación de los plazos de amortización, no cabe concluir que hubiera sido negociada como contraprestación a la ampliación del crédito. Si hubiera existido alguna circunstancia ajena a la propia novación, como pudiera ser una comunicación de e-mail o una conversación sobre cuya existencia y contenido se hubiera dado testimonio, en ese caso la conclusión de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada.

"En consecuencia, al tratarse de una cláusula predisuelta por el empresario en la novación de un contrato concertado con un consumidor, tal cláusula es susceptible de control de transparencia que se desprende del art. 4.2 de la Directiva, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia."

25. En el supuesto de autos, aplicada la anterior doctrina al presente caso estimamos que la cláusula es clara y sencilla, esto es, que cumple con la llamada transparencia formal o documental. La cláusula dice lo siguiente: *"En cualquier caso, la caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer, como mínimo, al tipo del 2'75 por ciento nominal anual; y como máximo al tipo del 14'00 por ciento nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca"*.
26. Por otro lado, nos hallamos ante un préstamo hipotecario, en el que se modifican otras cláusulas del contrato, al ampliarse el plazo de amortización y el tipo de interés aplicable, negociándose de forma paralela un préstamo personal donde también se incluye una cláusula similar a la impugnada, de lo que cabe deducir la existencia de su conocimiento en ambos contratos. .
27. Si bien la cláusula en cuestión aparece dentro de un largo y farragoso texto que se presenta con la rúbrica "Intereses ordinarios", y tres folios más adelante, sin ningún destacado especial, lo cierto es que no pueden ignorarse los documentos contractuales que aportó la demandada a su escrito de contestación de la demanda (solicitud de subrogación y novación de préstamo hipotecario y ofertas vinculantes de este y del préstamo personal en el que no se impugna una cláusula idéntica, con antelación temporal que permite estimar que el consumidor pudo comprender el alcance de la modificación, lo que nos debe llevar a la estimación del recurso de la entidad demandada y a la desestimación de la demanda.





SEXTO. Costas.

28. Dada la estimación del recurso y conforme al art. 398 LEC no deben imponerse las costas procesales de esta instancia a ninguna de las partes.
29. Dado que el recurso conduce a la desestimación de la demanda y en aplicación del art. 394 LEC, deben imponerse a la parte actora las costas causadas en primera instancia.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por BANKIA, S.A. frente a la sentencia de fecha 14 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Mollet del Vallés en juicio ordinario 691/2015, que revocamos en el sentido de desestimar la demanda promovida por [REDACTED] con imposición a los mismos de las costas causadas en primera instancia.

No se imponen las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes y se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución procede recurso de casación y/o de infracción procesal que las partes podrán interponer ante este tribunal en el plazo de los 20 días siguientes al de la notificación.

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.

