

**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.: [REDACTED]

Recurso de apelación [REDACTED] 2021 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 14489/2018**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja, Concepto: 0661000012253221

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012253221

Parte recurrente/Solicitante: BANCO SANTANDER

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED]

Parte recurrida: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED]

Cuestiones. Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Novación del préstamo hipotecario.

SENTENCIA núm. 2503/2021**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN
JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO
MANUEL DÍAZ MUYOR

Barcelona, a tres de diciembre de dos mil veintiuno.

Parte apelante: Banco Santander, S.A.**Parte apelada:** [REDACTED]**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 12 de abril de 2021.

Parte demandante: [REDACTED]

Parte demandada: Banco Santander, S.A.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: «Que debo **ESTIMAR** y **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda formulada y, en consecuencia, se declara la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés contenida en el préstamo con garantía hipotecaria de 2 de marzo de 2009 y posterior novación de 27 de julio de 2009, que se tendrá por no puesta. A tal efecto, se acuerda condenar a la demandada a que abone a la parte actora las cantidades que hubiera percibido por aplicación de la citada cláusula con los correspondientes intereses legales, desde la formalización del préstamo hipotecario hasta que la misma hubiera dejado de aplicarse y ello más los correspondientes intereses legales hasta la fecha del pago efectivo, lo que se determinará conforme a los artículos 712 y siguientes de la LEC.

Las costas se imponen a la demandada quien se considera que ha litigado con temeridad».

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 oponiéndose 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 2 de diciembre.

Ponente: Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La parte demandante interpuso demanda de juicio ordinario contra solicitando la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés incluida en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 2 de marzo de 2009, préstamo novado





en 27 de julio siguiente. 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.

2. 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.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, anulando la cláusula 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. 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. En la resolución recurrida se hace constante referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y a la jurisprudencia que se desarrolla tras esta sentencia.

4. El recurso de la parte demandada insiste en su alegación de que la cláusula fue objeto de novación, lo que determinó que fuera objeto de negociación individual y que fuera introducida en el contrato de forma completamente transparente. Cuestiona asimismo que la introducción de la cláusula en el contrato inicial no fuera transparente, así como que se haya apreciado temeridad en la imposición de las costas.

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

5. Para llevar a cabo el control de transparencia, como establece el Tribunal Supremo, en su 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».

6. La sentencia TJUE de 9 de julio de 2020 admite la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, en ese caso debería cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia. En nuestro caso no es posible estimar que hubiera existido una negociación individual, de forma que es preciso analizar si ha existido transparencia al reducir la cláusula suelo.

7. Las pautas interpretativas expuestas por la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario, deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial





cláusula suelo, en la forma indicada por el propio TJUE en los considerandos 40 y ss. de la reseñada sentencia: la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas de la reducción de la cláusula suelo.

8. El Tribunal Supremo se ha ocupado recientemente de casos similares al presente y ha establecido la siguiente doctrina, que tomamos de STS de 15 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3098) y que se ha reiterado en otras muchas sentencias:

«Si bien, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que el prestatario afirma ser consciente y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,5%, no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido.

»Sin obviar que el prestatario conocía cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores, consta también la puesta a disposición de la información gráfica sobre evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.

»Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

»De este modo, cuando se novó la cláusula, el prestatario conocía la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia, la incidencia que había tenido en su préstamo y la que tendría la nueva cláusula suelo, cuyo interés nunca bajaría del 2,5%. Todas estas circunstancias, tomadas en consideración conjuntamente, se consideran adecuadas para que el consumidor pueda valorar qué trascendencia tiene el mantenimiento de un suelo del 2,5% en su préstamo hipotecario, y por ende permiten concluir que la cláusula novatoria cumplía con las exigencias de transparencia».

9. En el supuesto de autos, las circunstancias que hemos de tomar en consideración son muy parecidas a las que se producían en esos casos resueltos por el Tribunal Supremo. Así, no existe prueba alguna indicativa de que la cláusula





cuestionada fuera informada de forma previa a la firma del contrato inicial y tampoco del de novación y no existe asimismo prueba alguna acerca de la existencia de negociación individual acerca de la misma. Y es dudoso incluso que el consumidor la llegara a conocer antes de la firma de la novación por cuanto aún no le había sido aplicada la pactada inicialmente.

TERCERO. Costas.

10. Consideramos asimismo justificada la apreciación de temeridad en la imposición de las costas, en la medida en que el consumidor formuló reclamación con más de un año de antelación a la interposición de la demanda y no obtuvo respuesta alguna del banco.

11. Al desestimarse el recurso de apelación, procede la condena en costas en la segunda instancia, por aplicación del artículo 398 LEC.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 50 de Barcelona de fecha 12 de abril de 2021, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos íntegramente con imposición de las costas del recurso a la recurrente y pérdida del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

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

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

