



Roj: **SAP B 7585/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:7585**

Id Cendoj: **08019370152019101254**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **957/2017**

Nº de Resolución: **1262/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **YOLANDA RIOS LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801542120168245237

Recurso de apelación 957/2017-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Badalona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 19/2017

Cuestiones.- Nulidad de cláusula "suelo". Control de transparencia. Consumidores. Escritura pública de compraventa, subrogación y novación modificativa de préstamo.

SENTENCIA núm. 1262/2019

Composición del tribunal:

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

YOLANDA RÍOS LÓPEZ

Barcelona, a veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Banco Popular Español SA (hoy Banco Santander SA)

Letrado/a: Miguel Pazos Moya

Procurador: Carlos Montero Reiter

Parte apelada: Santiago y Antonia

Letrado/a: Daniel Hernández Ros

Procurador: Luis García Martínez

Resolución recurrida: Sentencia nº 105/2017

Fecha: 3 de mayo de 2017

Parte demandante: Santiago y Antonia

Parte demandada: Banco Popular Español SA (hoy Banco Santander SA)



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estimó la demanda y declaró la **nulidad** de la cláusula suelo cuestionada, condenando a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades que hubiera percibido a su amparo, así como a los intereses, y al pago de las costas procesales causadas.

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 al mismo, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 15 de noviembre de 2018.

Ponente: magistrada YOLANDA RÍOS LÓPEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. La actora ejercitó una acción de **nulidad**, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo incorporada como condición general al contrato de **compraventa, subrogación**, y novación del préstamo hipotecario de fecha 21 de septiembre de 2007, suscrito con la demandada. Solicitaba la condena de la demandada a devolverle las cantidades indebidamente percibidas a su amparo, con sus intereses legales y costas procesales.
2. La parte demandada se opuso a la demanda alegando que la cláusula en cuestión supera el doble control de transparencia exigido por el TS, por resultar clara, sencilla y haber sido debidamente informada a los actores.
3. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda declarando la **nulidad** de la estipulación impugnada, a la vez que condenó al Banco demandado a eliminarla del contrato, y a devolver al actor las cantidades cobradas a su amparo con sus intereses legales y costas procesales.
4. El recurso del banco se fundamenta en un pretendido error en la valoración de la prueba respecto de la existencia de transparencia, considerando que la cláusula fue debidamente informada, e incluso existió negociación individual respecto a su incorporación, teniendo en cuenta que los actores aceptaron subrogarse en el originario contrato de préstamo al promotor.
5. La parte demandante se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO. Hechos que sirven de contexto al conflicto que se suscita en esta instancia.

6. El día 21 de septiembre de 2007, los demandantes suscribieron la escritura pública de **compraventa, subrogación** y novación modificativa de préstamo hipotecario con la promotora Construcciones Castellon 2000 SA, y con la entidad Banco Popular Español SA. En ella se estableció una cláusula suelo del 3,25%, novándose, además, la cláusula relativa al plazo de amortización (hasta el 4 de octubre de 20142), y la que afecta al tipo de interés (durante un año, el 5,150% y posteriormente, el euribor más un punto).

TERCERO . Sobre el control de transparencia de las cláusulas suscritas por consumidores en caso de subrogación en préstamos a promotor . Doctrina jurisprudencial.

7. Hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos en muchas ocasiones sobre el alcance del control de transparencia y su significación, concluyendo que " *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*" (así, por ejemplo, en la Sentencia de esta Sección de 20 de septiembre de 2018, que sintetiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo , y el criterio de la propia Sección).

8. El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de enero de 2018 , hace especial referencia a la evolución de la jurisprudencia, destacando la trascendencia de la información que el consumidor recibe antes de la firma del contrato: " *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 cláusulasuelo 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.*"



9. El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de fijar jurisprudencia respecto del control de transparencia en los casos en los que el consumidor prestatario se subroga en un préstamo promotor, modificando alguna de sus cláusulas. En la STS de 20 de septiembre de 2018, se hace referencia a esta jurisprudencia, consolidando los siguientes criterios:

1.- La entidad financiera tiene la obligación de informar a los compradores de la existencia de una cláusula suelo en términos idénticos a los derivados de la jurisprudencia del TS, que arranca con la Sentencia de 9 de mayo de 2013. Por lo tanto, esa obligación de informar no la asume el promotor vendedor.

2.- Que el comprador se subrogue en la escritura y que se modifiquen alguna de las cláusulas o condiciones de la misma, no puede considerarse una presunción de que el prestatario está informado de las condiciones o ha tenido la oportunidad de negociar de un modo efectivo las mismas.

3.- Aunque la escritura originaria se haya suscrito entre empresarios (promotor y entidad financiera), la **subrogación** no puede verse afectada por dichas circunstancias cuando el subrogado sea un consumidor, por lo tanto, en la **subrogación** se aplica la jurisprudencia sobre el denominado doble control de transparencia.

En conclusión: " Si la entidad bancaria no ha suministrado al nuevo prestatario la información precisa y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto sobre la existencia de una cláusula suelo que reduce drásticamente las posibilidades de que el prestatario se aproveche de los descensos del índice de referencia, no puede considerarse que una cláusula como la transcrita pueda suplir esa falta de información.

Es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que afirma que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. Así lo hemos declarado, entre las más recientes, en las sentencias 223/2017, de 5 de abril, 244/2017, de 20 de abril, y 42/2018, de 26 de enero ".

Continúa el Tribunal Supremo afirmando que " Como ya afirmamos en la sentencia 24/2018, de 17 de enero, la obligación que legalmente se impone a los predisponentes de este tipo de contratos de informar de un modo comprensible sobre los elementos esenciales del contrato deriva de que la regla general es justamente la contraria, esto es, la falta de conocimiento y de comprensión del consumidor sobre aquellas condiciones generales sobre las que no ha recibido una información comprensible con anterioridad a la firma del contrato. Y, como se ha dicho, no puede convertirse la obligación de la entidad predisponente de informar adecuadamente a los potenciales clientes de este tipo de cláusulas, que alteran sustancialmente la economía del contrato, en la obligación del consumidor de procurarse la información al respecto. En definitiva, el control de transparencia no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

En conclusión, el banco no suministró (porque consideró que no estaba obligado a hacerlo) información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de la escritura de **subrogación**, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar sustancialmente al alza ".

CUARTO. Carácter abusivo de la cláusula. Valoración del Tribunal.

10. Aplicada la anterior doctrina al presente caso, estimamos, haciendo nuestro el criterio de la sentencia apelada, que la "cláusula suelo" no se incorporó con la debida transparencia.

No se discute, en primer lugar, que la cláusula es gramaticalmente clara y sencilla, esto es, que supera la llamada transparencia formal o documental. La cláusula dice lo siguiente: "3.3.- **Límites a la VARIACIÓN del tipo de interés** .-. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable a este contrato será del 3,25%."

Supera, por tanto, el primer control de incorporación, como concluye también el juez a quo .

11. No nos hallamos ante un primer préstamo hipotecario sobre vivienda habitual, sino que los demandantes suscribieron en fecha 21 de septiembre de 2007 con el correspondiente promotor y la entidad demandada, un contrato de **compraventa** de vivienda con **subrogación**, novación y modificación del anterior préstamo con garantía **hipotecaria**, en relación con los pactos y condiciones de la hipoteca del promotor.

En la escritura de préstamo hipotecario, consta que: " Que interesando las partes realizar por la presente escritura: 1) **compraventa** de la finca reseñada en expositivo I del presente instrumento y **subrogación** de la parte del préstamo de que la misma responde y 2) modificar determinadas condiciones aplicables a esta operación de préstamo en los términos que más adelante se estipulan ", en alusión no sólo a la modificación de la cláusula



que limita el tipo mínimo de interés al 3,25%, sino, especialmente, a la cláusula relativa al plazo de amortización (se amplía considerablemente, hasta el 4 de octubre de 2042), y en particular la que afecta al tipo de interés de referencia (un tipo fijo del 5,150% durante el primer año, y posteriormente, el tipo variable de euribor más un punto). Conviene destacar que en el clausula distan nueve páginas entre la modificación del tipo de interés y la introducción de la " *cláusula suelo* ".

12. En definitiva, se incluye la cláusula suelo alejada de los elementos que permiten calcular el interés aplicable durante la segunda fase del contrato, y ello pese a la incidencia que despliega en torno a la carga económica del contrato. Si bien se incluye en la misma cláusula que los intereses ordinarios, se halla inserta entre informaciones sobre la variación del interés que parecen meramente accesorias y dificultan la correcta comprensión en el consumidor. En definitiva, que la cláusula se relegue, anteponiendo otras de menor trascendencia, contribuye a devaluar su enorme incidencia en la determinación del precio, máxime en contextos, como el actual, de bajos tipos de interés.

13. No consta, además, que se hubiera proporcionado información precontractual, siquiera verbal (ningún testigo ha sido llamado a declarar al respecto), sobre la existencia de la cláusula, su alcance e incidencia en el precio.

14. Tampoco resulta acreditado que los demandantes tuvieran un perfil financiero del que podamos presumir que pudieron percatarse y comprender las consecuencia económicas y jurídicas que se derivaban de la cláusula impugnada.

15. Por todo ello debemos desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada, concluyendo que la cláusula impugnada no supera el segundo control de trascendencia, pues los demandantes no pudieron comprender el alcance económico y jurídico de la misma.

QUINTO. Costas procesales.

16. Al desestimarse el recurso, procede imponer las costas de esta alzada al apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC , razón por la que es procedente ordenar la pérdida del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español S.A. (hoy Banco Santander SA) contra la sentencia de 3 de mayo de 2017 , que confirmamos en sus propios términos.

Se imponen las costas procesales del recurso al apelante, y se ordena la pérdida del depósito constituido al 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 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.