

## **Audiencia Provincial**

AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia num. 1974/2019 de 5 noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª Fernández Seijo

Recurso de apelación 168/2019 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 650/2013 (Condiciones generales)

Parte recurrente/Solicitante: BBVA, S.A.

Procurador: Ignacio Lopez Chocarro

Abogada: Monica del Collado Picó

Parte recurrida: Juan Carlos, Delfina

Procuradora: Josefa Manzanares Corominas

Abogado: Albert Bosque Alberich

**Cuestiones:** Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Novación y subrogación. Control de transparencia.

SENTENCIA núm. 1974/2019

Composición del tribunal:

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

MANUEL DIAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, 5 de noviembre de 2019

**Parte apelante:** Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO

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

1. Juan Carlos y Delfina interpusieron demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc, S.A. (actual Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. - BBVA). Solicitaban la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés, cláusula suelo, incluida en la escritura pública de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario firmada por las partes el 19 de noviembre de 2010.

En la demanda se invocaba la normativa y jurisprudencia sobre protección de los consumidores ante cláusulas abusivas utilizadas en la contratación bancaria, solicitando la nulidad de la cláusula y los efectos inherentes a la misma, es decir, la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula.

2. BBVA se opuso a lo pretendido de contrario. En su contestación alegaba principalmente que la cláusula en cuestión se había incorporado al contrato de modo transparente, que se trataba de una novación de un préstamo anterior y que los prestatarios fueron concededores y fueron informados del contenido y alcance de la cláusula.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando las pretensiones de la parte demandante. En lo que interesa a este recurso, la sentencia dictada en la instancia considera probado que " Juan Carlos Y Delfina, tienen la consideración de consumidores al ser personas físicas y cuando celebraron el préstamo hipotecario de 22 de marzo de 2007, objeto de discusión, lo hacían para la adquisición de una vivienda, esto es, para un interés particular y no en el ámbito de ninguna actividad profesional o empresarial". Sin embargo, en el fundamento jurídico tercero, al identificar la cláusula impugnada, se indica que la cláusula está incluida en una escritura de 19 de noviembre de 2010.

La valoración de la prueba se realiza del modo siguiente:

" De la documental obrante en autos y de las testificales del Sra. Guillerma (empleada en su momento de la entidad bancaria) no resulta acreditado que los clientes fueran perfectamente informados de la existencia de la cláusula suelo ni, lo más importante, sus efectos. Se argumenta por dicha entidad la existencia de un correo interno entre empleados del banco (documento nº4 de la contestación) que

hipotecaria no es, por sí sola, un elemento concluyente de que los actores fueron informados de forma clara, específica, concreta y completa de la existencia de una cláusula suelo que, dado el diferenciar tan alto (4,75%), desnaturaliza la operación de préstamo variable con bonificaciones pues, a pesar de que nominativamente constara así en la escritura, en realidad se estaba suscribiendo un préstamo a tipo fijo".

## SEGUNDO

Motivos de apelación.

4. BBVA recurre la sentencia. En su escrito considera que no se ha valorado correctamente la prueba practicada por cuanto al grado de información y de conocimiento que los demandantes tenían de la cláusula.

En el recurso se hace especial referencia al contenido de la escritura de novación, donde se resalta en negrita la cláusula cuestionada, y en las comunicaciones internas entre empleados de la entidad financiera, en las que se refleja que el prestatario, identificado como Ricard, fue informado de la cláusula y se le explicaron los cambios. Se defiende, con ello, que la cláusula suelo superaría el control de transparencia, por cuanto los demandantes conocían la existencia de la cláusula, su alcance y significado. Se defiende, además, que no es una cláusula predispuesta, que se redactó con claridad y que no era sorpresiva, sin que fuera necesaria la oferta vinculante.

## TERCERO.

Algunas precisiones sobre los hechos que dan lugar a la demanda.

5. En la sentencia no se establecen con la suficiente precisión algunos elementos de hecho que consideramos básicos para resolver el recurso:

5.1. La escritura objeto de la demanda no es una escritura de préstamo hipotecario, se trata en realidad de una escritura de novación y de subrogación en un préstamo anterior (documento nº 2 de la demanda). El Sr. Juan Carlos y la Sra. Delfina compraron una segunda residencia en Menorca y se subrogaron en el préstamo hipotecario que tenía la anterior titular, una sociedad mercantil.

5.2. La escritura de subrogación y novación es de 19 de noviembre de 2010. No hay en la escritura una información detallada sobre el criterio de determinación del cálculo del interés remuneratorio, ni sobre la existencia de una cláusula limitativa del tipo de interés, lo que nos impide comparar el régimen previo a la subrogación con el resultante de la misma.

5.3. Los criterios de determinación del tipo de interés tras la novación aparecen a

mayo de 2018.

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 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".

7. 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, el Supremo considera que:

"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

transcendencia contractual que le correspondía, al afectar directamente a la contraprestación principal de los prestatarios de satisfacer el importe de las cuotas de amortización del préstamo, sino un tratamiento de naturaleza secundario o de segundo orden, enmascarado en el clausulado convencional, pese a que la cláusula suelo, de apenas unas líneas, modificaba completamente la economía del contrato".

*Decisión del Tribunal.*

**8.** En el supuesto de autos, hemos de advertir que la información que los empleados de la entidad financiera dicen haber facilitado a los prestatarios no superaría los criterios fijados por el Tribunal Supremo ya que no hay constancia directa de que se hubiera facilitado esa información, tampoco de qué precisas explicaciones se habían dado al Sr. Juan Carlos. El propio correo electrónico pone en tela de juicio que el prestatario hubiera comprendido la información que se le facilitó.

La escritura de subrogación y novación tiene 27 folios, la cláusula limitativa del tipo de interés no se destaca realmente ya que solo se destaca una cifra, no que se trate de una limitación al tipo. La cláusula en cuestión se incluye al final de una larga cláusula sobre bonificaciones que generan la impresión de que cumpliendo esos hitos podrá reducirse sensiblemente el diferencial, sin destacarse de modo efectivo que los intereses podrían quedar fijos si el Euribor más el diferencial quedaban por debajo del 4'75%, aunque los prestatarios realizaran los esfuerzos y contrataciones previstas en la bonificación.

**9.** No puede presumirse la existencia de una negociación individual de la escritura de subrogación y novación.

**10.** En la escritura subrogación y novación del préstamo se hace una mención genérica a la existencia de un préstamo hipotecario previo, concedido al vendedor del inmueble, sin que se concreten las condiciones del dicho préstamo originario.

No hay certeza alguna para afirmar que la prestataria demandante conociera con detalle el contenido de ese préstamo. No es necesario que se realice simulaciones o escenarios previos, pero sí una información puntual sobre la existencia de la cláusula limitativa y su incidencia en el contrato, incidencia que determina que el préstamo a interés variable fuera, en la práctica, un préstamo a interés fijo durante los períodos en los que el índice de referencia quedara por encima de un límite que aparece enmascarado en una extensísima cláusula de intereses, oculto tras distintas cláusulas.

Por lo tanto, es correcta la decisión del juez de instancia anulando la cláusula.

QUINTO.