



Roj: SAP B 3481/2011  
Id Cendoj: 08019370142011100168  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 14  
Nº de Recurso: 710/2010  
Nº de Resolución: 171/2011  
Procedimiento: Verbal - Cognición  
Ponente: JAUME RODES FERRANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### DE BARCELONA

#### SECCIÓN CATORCE

ROLLO Nº 710/10

JUICIO VERBAL NÚM. 916/09

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 MOLLET DEL VALLÈS

### **S E N T E N C I A N. 171/2011**

Ilmo. Sr.

D. JAUME RODÉS FERRÁNDEZ

En la ciudad de Barcelona, a siete de abril dos mil once

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial constituida por un Magistrado en aplicación del art. 82.2, 1º LOPJ reformada por LO 1/2009 de 3 de noviembre, los presentes autos de Juicio Verbal nº 916/09, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 1. de Mollet del Vallès, a instancia de Cosme contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA); los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 7 de abril de 2010, por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del expresado Juzgado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: DESESTIMANDO la demanda interpuesta por Cosme contra la OFICINA 4330 DEL BBVA, ABSUELVO a la demandada de las pretensiones que se formulan contra ella, imponiendo a la actora las costas de este procedimiento. "

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que no se opuso, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Para la resolución del recurso se fijó día 10 de marzo de 2011.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JAUME RODÉS FERRÁNDEZ.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La actora interpone demanda sucinta, habiendo comparecido conforme a lo dispuesto en el artículo 437.2 LEC en relación con el artículo 31.2 LEC sin asistencia letrada ni representación procesal. En la misma acumula dos acciones basadas en unos mismos hechos ( art. 438.3.1ª LEC) y alega: 1º) La demandada incumple el contrato de constitución de hipoteca unilateral suscrita entre las partes el día 20/06/2006 en lo

atinente a la "aplicación de la famosa cláusula **suelo**". 2º) La oferta vinculante suscrita por el actor no coincide con las condiciones pactadas con el Banco y que se firmó un día antes de la formalización de la hipoteca. 3º) El Notario fue elegido por el Banco, sin ser informado de que podía elegirlo. 4º) En las escritura aparece D<sup>a</sup>. Marí Luz , en nombre y representación de BBVA "y no es verdad pues era otra persona y esto se puede demostrar". Por todo ello, solicita (sic) "la suma de 720 euros en concepto de seis meses de revisión más inicio y proceso de cobro de deuda y más recopilación de información y además solicito el reconocimiento de que dicha cláusula **suelo** sea el interés mínimo a pagar, es decir Euribor más diferencial".

La demandada no compareció al acto del juicio, siendo declarada en situación de rebeldía procesal.

La Sentencia apelada desestima la demanda al amparo de lo dispuesto en la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, concluyendo que la cláusula impugnada por el actor, cuya interpretación se discute, fue firmada y aceptada en la oferta vinculante y en el contrato de préstamo hipotecario formalizado en la escritura pública y que, asimismo, la literalidad de la cláusula no ofrece dudas interpretativas.

La actora interpone recurso de apelación alegando, en síntesis:

A) Incongruencia omisiva, al considerar que en la Sentencia no se da respuesta al incumplimiento del Banco puesto que "incumple el período mínimo de tiempo entre la entrega de oferta vinculante y la firma de la escritura (documento nº 2) pues sólo media un día e incumple la ley" (documento nº 3)."

B) "En la oferta vinculante se hará mención del derecho al prestatario de examinar el proyecto de escritura pública del préstamo en el despacho del notario durante los tres días anteriores al otorgamiento (Orden del 5 de mayo de 1994) (documento nº 4) y que en la mía no se refleja este dato, incumpliendo dicha ley".

C) Error en la valoración de la prueba.

Y, por todo ello, solicita la estimación del recurso y la revocación de la Sentencia.

La parte demandada se opone al recurso aduciendo: 1) Defectuosa interposición del recurso. 2) Resolución por el Juzgado de las cuestiones planteadas por el recurrente. 3) Correcta interpretación judicial de la cláusula. Se dispone del mismo material probatorio que en la instancia.

**SEGUNDO.-** De lo actuado se extraen los datos y hechos siguientes:

(1) El 19/06/2006 D. Cosme y D<sup>a</sup>. Candelaria firmaron una Oferta vinculante Hipoteca Blue-Fácil con Vinculación, en la que se establecen límites a la variación del tipo de interés.

(2) El 20/06/2006 se firmó la escritura de hipoteca unilateral por un capital de 234.000 euros, en la que constan los límites de la Oferta vinculante a la variación del tipo de interés.

(3) El actor acudió al Defensor del Cliente del Grupo BBVA presentando escrito en el que sostiene que: la cláusula literal del "**suelo**" y "techo" significa que el índice de referencia que se aplica, Euribor + diferencial (f. 7). En el citado documento están estampados dos sellos de Entrada: uno con fecha 12/08/2009 y otro con fecha 14/10/2009.

(4) El actor se quejó en diversas ocasiones directamente a la oficina del BBVA en la que tiene formalizado el préstamo hipotecario, luego ante el Servicio de Atención al Cliente del BBVA y posteriormente ante el Defensor del Cliente del Grupo BBVA (f. 7, 11 y 18).

(5) El 02/10/2009 BBVA - Servicio de Atención al Cliente, contestó al actor sobre el motivo de la reclamación formulada por éste concerniente a la cuestión litigiosa en el sentido que "no encontramos error susceptible de rectificación, pues a su préstamo hipotecario se le aplica el tipo de interés calculado según lo establecido en la Escritura de Préstamo" y que el "Servicio de Atención al Cliente, carece de competencias para instar al Banco a modificar las condiciones establecidas en un préstamo ya formalizado". (f. 12 y 13).

(6) El 26/10/2009 el Defensor del Cliente del Grupo BBVA consideró que ambos documentos, Oferta vinculante y Cláusula 3 bis.3 "Límites a la variación del tipo de interés" de la escritura de préstamo, "se contiene el mismo texto" y que, también, ambos documentos "constan debidamente firmados por sus titulares, debo entender que Vds. conocían y aceptaban la aplicación de esta cláusula", y concluye su respuesta a la reclamación diciendo que "no se puede deducir de la cláusula citada, que el tipo de interés aplicable sea en ese caso el 2,25%, ya que se habla de ese valor, adicionado con los puntos porcentuales, por lo que el resultado de la suma, será el tipo mínimo aplicable al préstamo". (f. 15 y 16)

(7) El actor aporta como: - Documento núm. 1 una fotocopia de parte de la escritura de préstamo con el texto literal siguiente: "Cláusula 3 bis.3. Límites a la variación del tipo de interés. En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para" (f. 35). Y, como documento núm. 2 fotocopia de parte de la Oferta vinculante suscrita el 19/06/2006 en la que la cláusula relativa a los tipos de intereses ordinarios es: "INTERESES ORDINARIOS: VARIABLE: Tipo inicial: 3,870% nominal anual. Coste efectivo (TAE): 4,310 %. (Variará con las revisiones del tipo de interés). - Duración período fijo inicial: 6 meses. - Periodicidad de la revisión semestral. - Índice de referencia: EURIBOR HIPOTECARIO B.O.E. - Margen sobre el índice sustitutivo: MERCADO HIPOTECARIO BANCOS B.O.E. - Margen sobre el índice sustitutivo: 1,00 puntos porcentuales. Para obtener el tipo de interés aplicable en este supuesto, se seguirán las mismas reglas que para la referencia a la que sustituye. - En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de la aplicación sea inferior al 2,250 %, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Igualmente, el tipo aplicable al devengo de intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15,000 % nominal anual. El margen a aplicar sobre el índice de referencia en cualquiera de los casos se podrá ver bonificado en función de los productos y servicios que los titulares de la operación mantengan en BBVA, en el momento de cada revisión, en las condiciones que a continuación se detallan: ..." (f. 36 y 37).

**TERCERO.-** La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios regula el objeto y finalidad de la oferta vinculante y dispone, por un lado, que las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 (entre las que se encuentra la demandada) "vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante" ( art. 5). Y, por otro, que, en materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables; siendo que el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría (art. 7).

**CUARTO.-** La revisión de lo actuado conduce a que la Sentencia de instancia no se pronuncia sobre la Oferta vinculante ni respecto del Derecho que asiste al prestatario a examinar el proyecto de escritura de préstamo hipotecario en la Notaría durante los días previos a la fecha prevista para la firma de la escritura.

Es de señalar que existen dos hechos objetivos documentados: 1) La Oferta vinculante tiene fecha de un día anterior a la firma de la escritura pública con una validez hasta el día 04/07/2006, dentro de cuyo plazo debía de formalizarse la escritura. 2) Que, en lo que afecta a la posibilidad de examen del proyecto, la Oferta indica "El proyecto de documento contractual podrá ser examinado por el solicitante en el despacho del Notario de esta ciudad que autorice la escritura y que salvo indicación del cliente será D."

A la vista de lo anterior, no consta que el apelante hubiera designado en la Oferta un Notario de su elección para el otorgamiento de la escritura, confirmándose, como asevera, que el plazo que media entre la suscripción de la Oferta y la escritura es de un día, lo que no se ajusta a lo prevenido en la referida Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

**QUINTO.-** La cuestión litigiosa referente a la no coincidencia de lo consignado en la Oferta y en el clausulado de la escritura resulta clara. A tenor de la meritada Orden, en la Oferta deberán especificarse, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras para la escritura de préstamo, las cuales han de ser coincidentes.

Tal como sostiene la recurrente el significado de la cláusula financiera es distinto en función del redactado que se da, en cada uno de los documentos, al pacto relativo a los Intereses Ordinarios en relación con el "índice de referencia" y a la "revisión del tipo de interés" cuando resulte inferior al 2,250 % (a tenor de la transcripción realizada de las mismas en el anterior FJ 2º).

Es cierto que el actor firmó los dos documentos; y también lo es que el sentido y alcance de la Oferta financiera no concuerda con el que resulta de lo reproducido/estipulado en la escritura de préstamo. En el supuesto enjuiciado existen las citadas divergencias entre las condiciones financieras de la Oferta vinculante del préstamo y las cláusulas del documento contractual del préstamo y no se advirtió al prestatario de las aludidas diferencias, privándosele de su derecho a desistir de la operación.

Esta discrepancia semántica, con las consecuencias que implica, en modo alguno puede perjudicar al prestatario-actor ( Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación art. 5.5 y art. 6, y las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos, art. 1281 y ss), puesto que se trata de una discordancia provocada por el Banco, la cual no consta que hubiera sido subsanada en el sentido defendido por éste en su oposición al recurso de apelación.

Aplicando lo expuesto, procede estimar este motivo de apelación y declarar que el interés mínimo a pagar por el actor es el Euribor Hipotecario B.O.E. más el diferencial pactado.

**SSEXTO.-** Finalmente, en cuanto a que, según el apelante, en la escritura aparece D<sup>a</sup>. Marí Luz , en nombre y representación de BBVA "y no es verdad pues era otra persona y esto se puede demostrar", debe reseñarse que sobre este particular no se ha practicado prueba alguna que permita colegir tal aseveración, no obrando en los autos dato alguno sobre el apoderado o apoderados que intervinieron en el otorgamiento de la escritura por parte del Banco.

En este contexto, no habiendo sido contradichas por la parte demandada las pruebas practicadas, procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida, con imposición de las costas de la primera instancia, si las hubiere, a la demandada ( art. 394.1 LEC).

**SÉPTIMO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

## FALLO

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Cosme contra la Sentencia dictada el 7 de abril de 2010 por la Itma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mollet del Vallès, en los autos de los que el presente rollo dimana, SE REVOCA la resolución recurrida y, en consecuencia, SE ESTIMA la demanda formulada por Cosme contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) y:

Primero.- Se CONDENA al demandado a pagar a Cosme la suma de 720 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

Segundo.- Se DECLARA, en relación con el préstamo con garantía hipotecaria suscrito por D. Cosme y D<sup>a</sup>. Candelaria con BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) el 20 de noviembre de 2006 ante el Notario D. Fernando de Salas de Mollet del Vallès, que el interés mínimo a pagar es el Euribor Hipotecario B.O.E. más el diferencial pactado.

Se imponen las costas de la primera instancia, si las hubiere, a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA).

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de la apelación.

Se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir. Contra esta sentencia no cabe recurso de casación ni de infracción procesal ante el Tribunal Supremo y sí ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de norma o normas de Derecho civil de Catalunya, a preparar por escrito presentado ante este tribunal en el término de cinco días siguientes a su notificación. Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronuncio y firmo .

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por el Magistrado que la ha dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.