



Roj: **SAP B 2010/2015 - ECLI:ES:APB:2015:2010**

Id Cendoj: **08019370152015100062**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/04/2015**

Nº de Recurso: **159/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BLANCA TORRUBIA CHALMETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

### SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 159/2014-3ª

Juicio Ordinario núm. 372/2013

Juzgado Mercantil núm. 8 Barcelona

**SENTENCIA núm.**

#### Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

En la ciudad de Barcelona, a nueve de abril de dos mil quince.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 8 de esta localidad, por virtud de demanda de Marí Trini y Lucio contra Bankia, S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado Marí Trini y Lucio la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 15 de enero de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante Marí Trini y Lucio, representada por el procurador de los tribunales Sr. Jesús Bley Gil, así como Bankia, SA. en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Ángel Montero Brusell.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Bley, en nombre y representación de Dª. Marí Trini Y D. Lucio contra la entidad BANKIA S.A. y DECLARO la nulidad de la condición general de la contratación que establecen en el contrato de préstamos hipotecario y posterior novación y ampliación del mismo la sumisión a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrids.*

*Cada parte deberá hacer frente a sus costas y las comunes por mitad.»*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Marí Trini y Lucio contra. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo 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 21 de enero de 2015.

Actúa como ponente la magistrada suplente BLANCA TORRUBIA CHALMETA.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO . 1.** Los actores presentaron demanda solicitando:

A) La declaración de nulidad de las siguientes estipulaciones contenidas en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 20 de abril de 2006 suscrito por ellos (entre otras personas), y la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (hoy Bankia, S.A.), que fue novado y ampliado el 16 de abril de 2009:

Cláusula Tercera del préstamo hipotecario que establece: "la cantidad prestada devengará un interés nominal del 4'250 anual, con carácter variable durante toda la vida del préstamo".

Cláusula Tercera Bis punto segundo, del préstamo hipotecario que establece: "A efectos del derecho real de hipoteca, hacen constar expresamente las partes, que el interés de esta operación no podrá superar un Tipo Máximo del 13 por ciento aunque experimente variación por las causas señaladas en los párrafos anteriores"

Estipulación Segunda del contrato de novación y ampliación del préstamo que dispone: "A partir de la fecha de efectos de la presente escritura, la cantidad prestada devengará un interés nominal del cuatro por ciento (4,00%) anual, que será fijo durante los doce primeros meses y variable el resto del plazo", así como el punto relativo al tipo máximo de interés (13%) que reproduce la cláusula recogida en el párrafo anterior.

La parte demandante denomina y considera este conjunto de cláusulas como cláusula con un "suelo y un techo establecido".

La de sumisión a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrid contenida en el contrato de préstamo hipotecario y en el posterior de novación y ampliación.

B) La condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente (15.555,72 euros), como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas, con efectos a la fecha de la firma y perfeccionamiento del primer contrato de préstamo hipotecario.

C) La condena a la entidad demandada al pago de los intereses legales devengados por las cantidades indebidamente cobradas, de acuerdo con lo establecido en el art. 1108 y ss. del Código Civil .

D) La condena a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo las cláusulas suelo y techo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable, contabilizando el capital que debió ser amortizado.

E) La condena a la entidad bancaria al pago de las costas judiciales originadas por el procedimiento.

**2.** La sentencia recurrida considera, en relación con el conjunto de cláusulas consideradas por la parte actora "Cláusula con suelo y techo", que no se trata de una cláusula suelo, tal y como viene entendida por el Tribunal Supremo, sino que se pactó un interés fijo durante el primer año de vida del contrato y un interés variable para el resto de vida del préstamo ("Tipo Medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro", sin redondeo incrementado en cuarenta y cinco centésimas porcentuales (+0,45%))

Asimismo, considera, en relación con la cláusula relativa a los intereses de demora, que se establecen en un 4%, que las partes son libres de establecer el cálculo para el perjuicio causado por el incumplimiento y que, de acuerdo con al Disposición Transitoria 2ª de la Ley de 14 de mayo, aquéllos no pueden superar 3 veces el interés legal del dinero, con lo que no sería nula dicha cláusula.

Por último, en relación con la cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Madrid, la sentencia apelada considera infringida, de acuerdo con el art. 8.1 LCGC la norma imperativa prevista en el art. 54.2 LEC que no considera válida la cláusula de sumisión expresa contenida en los contratos de adhesión, por lo que la declara nula.

**3.** La parte apelante funda su recurso en la consideración de la existencia de la cláusula suelo, por fijarse un interés mínimo, y en la doctrina jurisprudencial existente al respecto y reitera la petición formulada en su demanda, con excepción de la declaración de nulidad de la cláusula de sumisión a los tribunales de Madrid. Y solicita la condena en costas de las dos instancias a la demandada.

**4.** Bankia, S.A contraargumenta los motivos de la recurrente y solicita la confirmación en su integridad de la sentencia recurrida con imposición de las costas del recurso a la adversa por temeridad y mala fe.

**SEGUNDO . 5.** Para resolver el presente recurso conviene aclarar la diferencia entre el tipo de interés fijo, el variable y la cláusula suelo en el ámbito de los préstamos hipotecarios.

Así, el Banco de España, a propósito del interés fijo señala lo siguiente en su página web (<http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/cuanto/fijo.htm>):



" En esta variedad de préstamos hipotecarios, el tipo de interés se mantiene constante a lo largo de la vida del contrato, y por tanto usted conoce desde el principio el importe total de los intereses que tiene que pagar. Ésa es la gran diferencia con los préstamos con interés variable: **no hay incertidumbre** sobre las cuotas futuras.

Puesto que usted no asume el riesgo de incremento del precio del dinero, el **interés** de las operaciones a tipo fijo suele ser **superior** al de las de tipo variable. Además, cuanto más se alarga el plazo del préstamo, mayor suele ser el tipo de interés. Normalmente los préstamos hipotecarios a tipo fijo suelen ser a plazos mucho más cortos que los de tipo variable . "

Por lo que respecta al interés variable, el Banco de España indica en su página web (<http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/cuanto/variable.htm>):

" En la modalidad de interés variable, el tipo se va modificando a lo largo de su período de amortización. ¿Cómo? En función de la evolución futura del índice o tipo que se tome como referencia, es decir de un indicador que refleja el precio del dinero en el mercado. El tipo de interés variable se suele expresar como la suma de ese índice de referencia y un porcentaje (margen o diferencial) constante.

Así, por ejemplo, puede decirse que el tipo de interés de un préstamo es del **Euríbor** más un punto porcentual. Eso significa que a lo largo de toda la vida del préstamo usted va a pagar lo que marque el euríbor en el momento de la revisión de la cuota (elemento variable) más un punto porcentual (elemento fijo) . "

Y ejemplifica la modalidad de préstamo hipotecario a interés variable así:

" Una pareja ha comprado su vivienda recurriendo a un préstamo hipotecario a tipo de interés variable y a plazo de 20 años, concedido por la entidad de crédito "A". El préstamo de 150.000,00? se firmó el 2 de enero de 1999, con un tipo de interés del euríbor a un año más un punto porcentual, con un tipo del 3,50% durante los 12 primeros meses. La operación está sujeta a la revisión anual del tipo de interés con base en el último Euríbor publicado en el BOE en la fecha de revisión redondeado al octavo de punto más cercano. Los pagos se efectuarán el último día de cada mes."

Asimismo, señala " el importe de sus pagos o cuotas futuras podrá cambiar, subiendo o bajando, según lo haga el índice o tipo de interés de referencia en los momentos de revisión del mismo. Algunas entidades ponen límites a las variaciones a la baja y/o al alza de los tipos de interés de referencia. A igualdad de las demás condiciones, a usted le puede resultar más interesante, por lógica, la oferta que no limite la posible reducción de las cuotas. En todo caso, **debe ser consciente del riesgo** que asume al contratar préstamos a interés variable: si suben los tipos, puede encontrarse con dificultades para pagar.

La entidad que da el préstamo debe comunicar al cliente los **nuevos tipos** resultantes de la variación del índice de referencia. Esta comunicación sólo ha de hacerse con antelación a su aplicación cuando el tipo de referencia utilizado **no** es uno de los oficiales o el importe del préstamo sea igual o superior a 150.253,03 ?. En todo caso, en el documento de liquidación que la entidad debe entregar al cliente con cada pago debe estar recogido el tipo de interés aplicado con el detalle del tipo de referencia y el diferencial o margen (ver norma 6ª.8, y anexo VI, apartado II.2. **Circular del Banco de España 8/1990** ) . (Esta norma es la Circular de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.)

Finalmente, dentro del apartado del interés variable, el Banco de España advierte al cliente de que " Deberá tener cuidado con las ofertas de un tipo de interés inicial bajo, ya que normalmente se mantiene poco tiempo (generalmente sólo 6 meses o un año) y después opera el índice de referencia más el margen pactado". Y que " Además, deberá considerar si el préstamo tiene topes a las bajadas o subidas de tipo de interés, ya que algunos contratos así lo establecen". Esta última advertencia se refiere, precisamente, a las cláusulas suelo y techo.

**6.** De lo anterior resulta que, en el caso enjuiciado, estamos en presencia de un contrato de préstamo hipotecario en la modalidad de interés variable, sin que ello lo desvirtúe la existencia de un interés fijo inicial durante un breve plazo de tiempo, y sin que exista inclusión de cláusula suelo alguna y sí de cláusulas techo (tope de interés del 13%). Cláusula techo que, en cuanto favorable para el **consumidor**, no es susceptible de ser declarada nula.

En efecto, Marí Trini y Lucio adquirieron su vivienda (junto con otras personas) recurriendo para ello a un préstamo hipotecario a plazo de 30 años, concedido por Bankia S.A. El préstamo de 347.100 euros, se firmó el 20 de abril de 2006, con un tipo de interés variable, de acuerdo con la cláusula Tercera Bis, "del tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de la vivienda, sin redondeo, incrementada en 0,45 puntos porcentuales" y, de acuerdo con la cláusula Tercera y Tercera Bis, con devengo de un tipo de interés nominal "del 4,250%" "durante los 6 primeros meses".



Asimismo, los actores (junto con otras personas) llevaron a cabo la novación modificativa, para su ampliación, del anterior préstamo hipotecario el 16 de abril de 2009, de manera que Bankia, S.A. prestó a los actores 18.000 euros más. Desde esa fecha, y de acuerdo con la Estipulación II (variación del tipo de interés), el préstamo hipotecario pasó a devengar un interés nominal del 4% anual fijo durante los doce primeros meses y variable los años sucesivos aplicándose " *el tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de la vivienda, sin redondeo, incrementado en cuarenta y cinco centésimas porcentuales (+0,45%)*".

7. Las anteriores consideraciones llevan a la desestimación del recurso.

**TERCERO. 8.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Marí Trini y Lucio contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de fecha la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 15 de enero de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

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

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.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.