



XIJ CASTEL  
PROCURADORS

FRANCESC RUIZ CASTEL		Referencia	14/3414
Cliente	BANCO MARE NOSTRUM, S.A.		
Letrado	DAVID VILADECANS JIMENEZ		
Procedimiento	659/17-3	Sección Civil 15 Audiencia Provincial Barcelona	
Notificación	05/07/2018	Resolución	29/06/2018
Procesal			

Sección 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.: 0801947120148006638

**Recurso de apelación 659/2017 -3**

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona  
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 722/2014

Parte recurrente/Solicitante: BANKIA S.A.  
Procurador/a: Francesc Ruiz Castel  
Abogado/a:

Parte recurrida:

Procurador/a: Laura Espada Losada  
Abogado/a:

**Cuestiones:** cláusula suelo. Efectos.

## SENTENCIA núm. 462/2018

### Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN  
JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEJO  
ELENA BOET SERRA

Barcelona, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

### Parte apelante: Bankia, S.A.

- Letrado/a: Sr. Viladecans.
- Procurador: Sr. Ruiz Castel.

### Parte apelada:

- Letrado/a: Sr. [REDACTED]
- Procurador: Sra. Espada.

### Sentencia recurrida:

- Fecha: 24 de marzo de 2017
- Parte demandante: [REDACTED] y [REDACTED]
- Parte demandada: Bankia, S.A.





- Objeto: nulidad cláusula suelo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «*Que estimando la demanda interpuesta por D. [REDACTED] representado por el PROCURADOR D<sup>a</sup>. LAURA ESPADA LOSADA contra BANCO MARE NOSTRUM, S.A. debo declarar y declaro: la nulidad de la condición general de la contratación incluida como cláusula PRIMERA D.A) (escritura nº protocolo 2.014), suscrita por la entidad demandada con los demandantes declarando la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en vigor y condenar a la demandada a la restitución de las sumas recibidas en concepto de la cláusula declarada nula, con más los intereses; con expresa condena en costas a la demandada.*».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Bankia, S.A. Admitido 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 14 de junio pasado.

Actúa como ponente el magistrado Juan F. Garnica Martín.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. [REDACTED] ejercitaron frente a Bankia, S.A. (antes Banco Mare Nostrum, S.A.) una acción de nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo incorporada como condición general al contrato de préstamo a interés variable que tienen suscrito con la entidad financiera demandada. Solicitaban la condena de la demandada a eliminar dicha condición del contrato y a devolverles las cantidades indebidamente percibidas a su amparo con sus intereses legales.

2. Bankia, S.A. se opuso a la demanda alegando:

a) Litispendencia, derivada de la existencia de un previo proceso seguido a instancia de ADICAE en ejercicio de una acción colectiva que tiene como objeto la declaración de nulidad de todas las cláusulas suelo incorporadas a las escrituras de préstamo suscritas por la demandada.

b) Las cláusulas como la impugnada son legítimas y están admitidas expresamente por diversas disposiciones legales y por el Banco de España y constituyen una parte del precio del préstamo, sin que puedan ser consideradas una condición general de la contratación.

c) Son cláusulas claras y transparentes y no pueden ser consideradas como predisuestas ni impuestas sino que son fruto de la negociación entre las partes.





d) No son cláusulas abusivas, dado que respetan las exigencias de la buena fe y no causan un desequilibrio en las prestaciones.

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 a los actores las cantidades reclamadas con sus intereses legales.

4. El recurso de Bankia, S.A. se funda en los siguientes motivos:

a) La cláusula cuestionada es transparente, tal y como resulta de los siguientes datos:

- La intervención de un profesional (un API) como intermediario en la negociación con el banco en representación de los prestatarios.
- La claridad de la redacción y la ubicación de la cláusula en el contrato.
- La información precontractual facilitada a los actores, concretamente la Oferta Vinculante que le fue entregada con 6 días de antelación.
- La advertencia hecha por el notario durante la firma de la escritura.

#### **SEGUNDO. El control de transparencia: su fundamento y alcance**

5. El fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).

6. Ese 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 (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 49).

7. En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

8. Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014, resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre 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.

9. La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.

10. En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

11. Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.

12. Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar «...la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia».

13. A ello añade, como *ratio decidendi* que justifica la apreciación de abusividad en el caso concreto, al analizar la información ofrecida en la oferta vinculante, que la cláusula cuestionada se encuentra encuadrada en un lugar inadecuado, rubricado con la referencia exclusiva al “tipo de interés variable” y «... sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013».

14. El examen del contrato firmado por los demandantes el [redacted] de [redacted] de 2006, aportado como doc. 1 de la demanda, evidencia que la estipulación cuestionada se encuentra redactada en la página 26, dentro de la cláusula de intereses ordinarios y con el siguiente contenido:

«En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,90 por ciento nominal anual».





15. En fecha [REDACTED] de [REDACTED] de 2006, seis días antes de la escritura, los demandantes firmaron la oferta vinculante (doc. 27 contestación), en la que se informa que el tipo de interés en ningún caso, y una vez revisado, podrá ser inferior al 3,90 % anual. Creemos que se trata de una información clara y no enmascarada. Al contrario que a la resolución recurrida, la información que se ofrece en la oferta vinculante a nosotros nos parece suficiente para que los prestatarios pudieran representarse adecuadamente la carga económica derivada del contrato. Se trata de una cláusula muy simple y sencilla en su redacción, no enmascarada y cuya comprensibilidad está al alcance de cualquiera.

Por consiguiente, estimamos que la demanda debió haber sido desestimada íntegramente, lo que nos lleva a la estimación del recurso.

### TERCERO. Costas

16. Pese a la desestimación íntegra de la demanda consideramos que no es procedente la imposición de las costas a la demandante, atendidas las dudas de derecho que el caso plantea, dudas que proceden de la multiplicidad de criterios jurisprudenciales y de la dificultad que resulta en su aplicación práctica.

17. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas en el recurso, al haberse estimado, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

### FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 24 de marzo de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos, y en su lugar desestimamos íntegramente la demanda de [REDACTED] y [REDACTED].

No hacemos imposición de las costas de ninguna de las instancias y acordamos la devolución del depósito constituido al recurrir.

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. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

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.



