



Roj: **SAP B 9635/2020 - ECLI: ES:APB:2020:9635**

Id Cendoj: **08019370152020102008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **554/2020**

Nº de Resolución: **2177/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL**

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.: 0801942120178083071

**Recurso de apelación 554/2020-2º**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 3785/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Florentino , Gerardo

Procurador/a: Anna Maria Terradas Cumalat

Abogado/a: Joan Balaguer Viladecás

Parte recurrida: CAIXABANK, S.A.

Procurador/a: Robert Francesc Martí Campo

Abogado/a: Ana Alegre Baamonde

Cuestiones.- **Cláusula de prohibición de arrendar la finca hipotecada sin consentimiento previo del banco y, en ningún caso, por una renta inferior a la cuota de amortización del préstamo. Incongruencia extra petita de la sentencia. Costas procesales.**

**SENTENCIA núm. 2177/2020**

**Composición del Tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a quince de octubre de dos mil veinte.

**Parte apelante:** Florentino e Gerardo .

**Parte apelada e impugnante:** Caixabank, S.A.

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 26 de junio de 2019.

Parte demandante: Florentino e Gerardo .

Parte demandada: Caixabank, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DON Florentino Y DON Gerardo contra CAIXABANK S.A., y en consecuencia:

1.- DECLARO la NULIDAD por abusiva de la **CLÁUSULA TERCERA BIS**, APARTADO 3, en lo relativo al límite del tipo de interés, Y la **cláusula** de redondeo al alza prevista en la **CLÁUSULA TERCERA BIS**, de la escritura pública de fecha 11 de mayo de 2000 formalizada ante Notario DON ALFONSO RODRÍGUEZ DÍEZ, bajo número de protocolo 2744; DECLARO la retroactividad de los efectos de declaración de nulidad de la **CLAUSULA SUELO**; Y CONDENO a la demandada eliminar la **cláusula** de limitación del tipo de interés variable y CONDENO a la demandada al pago de las cantidades cobradas en aplicación de la referida **cláusula** desde la suscripción de dicho contrato, resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de la **cláusula** suelo y los que resulten de suprimirla, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previsto en la escritura de autos y cuya determinación efectiva deberá realizar en ejecución de sentencia, así como al pago del interés legal de las cantidades abonadas indebidamente en aplicación de la **cláusula** suelo desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

2.- DECLARO LA NULIDAD de la **CLÁUSULA CUARTA**, APARTADO 2.C de comisión por reclamación de posiciones deudoras del contrato de préstamo hipotecario; teniéndola por no puesta.

3.- DECLARO la NULIDAD por abusiva de la **CLÁUSULA QUINTA**, del contrato de préstamo hipotecario de autos en lo relativo a los gastos de tramitación, tributos, imposición de gastos y costas procesales y extrajudiciales; teniéndola por no puesta.

4.- DECLARO LA NULIDAD de la **CLÁUSULA SEXTA** en lo relativo a Intereses de demora, eliminando la citada **cláusula** de la escritura y teniéndola por no puesta, devengándose únicamente el tipo de interés remuneratorio pactado.

5.- DECLARO la NULIDAD de la **CLÁUSULA SEXTA BIS**, apartados A) y G), relativa al vencimiento anticipado, del préstamo en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses; teniéndola por no puesta.

6.- DECLARO la NULIDAD de la **cláusula** décimo quinta sobre notificación de la cesión de crédito, por abusiva, de la escritura de préstamo de autos, teniéndola por no puesta; y subsistiendo la vigencia del resto del contrato, en todo lo no afectado por la presente resolución.

7.- ABSUELVO a la parte demandada de las restantes peticiones de la parte actora.

Sin expresa condena en costas".

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio el correspondiente traslado a la contraparte, que se opuso e impugnó la sentencia, adhiriéndose en parte al recurso de la demandante, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 14 de octubre de 2020.

Actúa como ponente la magistrada Sra. Anna Esther Queral Carbonell.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La parte actora interpuso demanda de nulidad de las **cláusulas** incorporadas, como condiciones generales de la contratación, en la escritura pública de préstamo hipotecario de 11 de mayo de 2000, en el que la parte demandante se subrogó por escritura pública de compraventa y subrogación el 21 de febrero de 2003, relativas al redondeo al alza del tipo de interés, suelo, intereses de demora, vencimiento anticipado, comisión por posiciones deudoras, atribución al prestatario de los gastos procesales y extraprocesales, cesión del contrato sin notificación al deudor, **prohibición de arrendar la finca hipotecada sin consentimiento previo del banco** y, en ningún caso, por una renta inferior a la cuota de amortización. Desistió de la pretensión de nulidad de la **cláusula** sobre el índice de referencia IRPH.



2. La entidad demandada se opuso a la demanda defendiendo la validez de las **cláusulas** impugnadas oponiéndose a los efectos pretendidos.
3. La sentencia estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de todas las **cláusulas** impugnadas, a excepción de la **cláusula** 16, sobre la **prohibición de arrendar la finca hipotecada sin consentimiento previo del banco** y, en ningún caso, por una renta inferior a la cuota de amortización e intereses del préstamo. No impuso las costas procesales.
4. La sentencia es recurrida por la parte demandante que insiste en la nulidad de la **cláusula** sobre la **prohibición de arrendar**, en los términos expuestos, a la vez que denuncia la incongruencia *extra petita* de la sentencia, al haber declarado la nulidad de la **cláusula** 5 sobre la atribución de los gastos de formalización del préstamo, cuando únicamente se había solicitado, en la demanda, la del apartado f) relativo a los gastos procesales y extraprocesales. Solicita la condena en costas al **banco**, al estimarse la demanda íntegramente con la estimación del recurso.
5. La entidad demandada se opone al recurso solicitando la confirmación de la sentencia, en cuanto a los pronunciamientos relativos a la **cláusula** sobre el arrendamiento de la **finca hipotecada** y a las costas procesales, e impugna la sentencia, adhiriéndose al recurso de la parte demandante, en lo que se refiere a la incongruencia *extra petita*, sobre la **cláusula** de atribución de gastos.

**SEGUNDO. Sobre la prohibición de arrendar la finca hipotecada sin consentimiento previo del banco y, en ningún caso, por una renta inferior a la cuota de amortización del préstamo.**

1. La **cláusula** 16 del contrato de préstamo hipotecario establece que *"la parte prestataria se obliga a no arrendar la finca que se hipoteca sin el consentimiento previo de la entidad y, en ningún caso, por un precio inferior al que represente la cuota de amortización e intereses del préstamo"*.
2. La STS de 16 de diciembre de 2009 admite la validez de las **cláusulas** que someten a limitaciones la facultad de **arrendar**, siempre que se trate de arriendos gravosos o dañinos para la propiedad, dado que en tal caso se limita el valor de la garantía.
3. En este sentido, hemos venido reconociendo la validez de aquellas **cláusulas** que establecen límites a este derecho, como son la **prohibición** de sujetar el contrato a prórroga forzosa, establecer plazos de duración excesivos (que superen el de vencimiento de la hipoteca) o pactar una renta inferior a un determinado umbral.

Al respecto, el artículo 219 del Reglamento Hipotecario contempla como circunstancia que disminuye el valor de la **finca hipotecada**, a los efectos establecidos en el artículo 117 de la LH, *"cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada"*.

4. Ahora bien, en nuestro caso, la **cláusula** impugnada prevé dos situaciones. Por un lado, una **prohibición de arrendar** sin el **consentimiento previo del banco**, que se exige en todo caso, lo que no es más que una **prohibición** genérica al prestatario de celebrar cualquier tipo de contrato de disposición de la **finca** que produce un claro desequilibrio y perjuicio al consumidor contrario a las exigencias de la buena fe.

Y, por otro lado, no permite el arriendo por un precio inferior al que represente la cuota de amortización e intereses del préstamo. Si bien, podría parecer que se trata de una limitación protectora del derecho de garantía del **banco**, como lo entiende la sentencia apelada, no podemos compartirlo, pues no establece un umbral de renta razonable de mínimos para evitar frustrar dicha garantía, sino que, de forma absoluta, prohíbe todo arriendo por una renta inferior a la cuota de amortización, lo que nos llevaría a no permitir un arriendo por un importe elevado, al serlo también la cuota hipotecaria, pero inferior a dicha cuota en una pequeña cantidad.

En consecuencia, debemos estimar el recurso y declarar que la **cláusula** impugnada infringe el artículo 82 del TRLGCU y resulta ilícita por abusiva.

**TERCERO. Incongruencia extra petita de la sentencia en relación con la cláusula de atribución de gastos.**

1. Debemos estimar el recurso y la impugnación de la sentencia en este particular, pues, efectivamente, en la demanda, únicamente, se solicitaba la declaración de nulidad de la **cláusula** de atribución al prestatario de los gastos procesales y preprocesales (apartado f), por lo que la sentencia ha incurrido en incongruencia *extra petita*, al declarar la nulidad de toda la **cláusula** 5, que debemos dejar sin efecto, a excepción del apartado que fue objeto de pretensión por la parte demandante.

**CUARTO. Costas procesales de la instancia, del recurso y de la impugnación.**



1. La estimación del recurso de la parte demandante supone la estimación íntegra de la demanda, por lo que procede imponer las costas de la instancia a la entidad demandada, de conformidad con el artículo 394.1 LEC.
2. Al estimarse el recurso no procede imponer las costas de esta alzada al apelante, de conformidad con el artículo 398 LEC, y se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir. Al estimarse la impugnación de la sentencia planteada por el **banco**, no procede imponer las costas procesales de dicha impugnación.

### FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por Florentino e Gerardo **y estimar la impugnación de la sentencia planteada por Caixabank, S.A.** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de 26 de junio de 2019, que modificamos en el sentido de declarar la nulidad de la **cláusula** 16, relativa al derecho de arrendamiento de la **finca hipotecada**, y de dejar sin efecto la declaración de nulidad de la **cláusula** 5 sobre atribución de gastos, excepto el apartado f), con condena en costas al **banco**, manteniendo el resto de pronunciamientos.

No se imponen las costas procesales del recurso ni las de la impugnación y se ordena la devolución del depósito constituido para 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.