



Roj: **SAP A 326/2012 - ECLI:ES:APA:2012:326**

Id Cendoj: **03014370082012100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **10/02/2012**

Nº de Recurso: **780/2011**

Nº de Resolución: **58/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA N.º 780 (M- 303) 11.

PROCEDIMIENTO: juicio ordinario n.º 407 / 10.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 2 DE ALICANTE.

SENTENCIA NÚM. 58/12

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a diez de febrero del año dos mil doce.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Istmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del procedimiento anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por D. Arturo , apelante por tanto en esta alzada, representado por la Procuradora D.ª ANA REDONDO GONZÁLEZ, con la dirección del Letrado D. CARLOS JAVIER ZARCO PLEGUEZUELOS; siendo la parte apelada BANCO PASTOR, SA, representada por la Procuradora D.ª PILAR FUENTES TOMÁS, con la dirección del Letrado D. ENRIQUE MARIO GARCÍA-ROMEU PALOMARES.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos referidos, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante, se dictó Sentencia, de fecha 23 de junio del 2011 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por doña Ana María Redondo González procuradora de los Tribunales y de don Arturo contra la mercantil Banco Pastor, S.A sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas."*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte reseñada, y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 26 / 1 / 12, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales.



II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.-

En la demanda, dicho sea muy en síntesis, se pretendía la declaración de no incorporación o nulidad de la cláusula inserta en el apartado cuarto de la escritura de compraventa con subrogación y modificación y ampliación de préstamo hipotecario, suscrita el día 4 de octubre del 2007, con el siguiente tenor literal:

"LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS: las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,80 % nominal anual".

Alegó la demandante que dicha cláusula (habitualmente conocida como "cláusula suelo") no fue conocida por él, a pesar del otorgamiento de la escritura antedicha, en el que intervino, y que, en cualquier caso, es abusiva al vulnerar tanto la Ley 26/1984, de 19 de julio (las cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir, como requisitos, la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, considerándose abusivas las que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, arts. 10 y 10 bis) cuanto los arts. 62 y 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La abusividad de la cláusula provendría de la falta de reciprocidad en el contrato, pues la cláusula suelo no se ve acompañada de cláusula techo alguna.

La sentencia dictada en primera instancia desestima íntegramente la demanda, al considerar que no existió error en el demandante (que conoció, o pudo conocer fácilmente la cláusula inserta en la escritura pública que firmó) y que el precio a satisfacer por el préstamo que se recibió de la entidad bancaria se fijó, de modo alternativo, bien en un porcentaje añadido al valor del EURIBOR, bien en un mínimo fijado, según cual de las dos cantidades resultara mayor, de modo que el banco siempre se garantiza un mínimo de retribución. Se añade, además, que no es aceptable suprimir la cláusula suelo y mantener únicamente el tipo de interés variable, sin ninguna limitación, porque podría darse el caso de que la entidad bancaria podría incluso recibir (por esta operación bancaria) menos interés del que paga (por los depósitos y cuentas corrientes).

Contra dicha resolución se alza el otrora demandante, reiterando las alegaciones y pretensiones deducidas en la primera instancia.

SEGUNDO.-

A la fecha de celebración del contrato se encontraba vigente la LGDCU de 19 de julio de 1984, invocada en la demanda, concretamente en sus artículos:

A) Artículo 10. 1: *" El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.*

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato "

Esta Ley resultó derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que viene a recoger, en su esencia, la regulación anteriormente citada, siendo de destacar el igualmente invocado art. 82 ("Concepto de cláusulas abusivas"), que prescribe que *1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato; 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive: c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato "*. El artículo 87, por fin, ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad"), dispone que *" Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario... "*, y, en particular, un catálogo de algunas de ellas.



La cuestión que, por tanto, se suscita ante este Tribunal es si el hecho de que en la escritura de "compraventa con subrogación y modificación y ampliación de préstamo hipotecario" solo se contenga una "cláusula suelo", sin previsión alguna de "cláusula techo", conlleva una situación de injusto equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato; o, dicho de otro modo, si la inclusión de aquella cláusula, sin que en el contrato se previera una cláusula techo, supone la utilización de una cláusula abusiva, por quedar afectada la reciprocidad del contrato.

De la normativa transcrita se comprueba, en lo que al pleito interesa, que el carácter abusivo de la cláusula puede provenir de dos fuentes: de la existencia de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato, o de la falta de reciprocidad en el contrato, de modo contrario a la buena fe.

Considera este Tribunal que el hecho de que el contrato que nos ocupa tan solo contenga una "cláusula suelo" y no contenga una "cláusula techo" es un caso paradigmático de falta de reciprocidad en el contrato, de modo contrario a la buena fe.

El tipo de interés total estipulado en el contrato era variable (el tipo básico de referencia, EURIBOR, más la adición de 0,95 puntos porcentuales).

En virtud de la cláusula de "límites de variabilidad del tipo de interés", el tipo resultante de la revisión no podría ser inferior al 3,80 % nominal anual".

Por tanto, la entidad bancaria, por mucho que bajara el tipo básico de referencia, se garantizaba la obtención de un interés nominal anual del 3,8 %. Quiérese decir: aún en escenarios en que el EURIBOR sufriera importantísimos descensos, la entidad bancaria se aseguraba un interés del 3,8% anual. En el peor de los escenarios posibles para la entidad bancaria (EURIBOR extraordinariamente bajo), aquélla percibiría un interés del 3,8 %.

Sin embargo, el contrato no contempló una cláusula que previera la situación contraria, es decir, la subida del EURIBOR. En tal caso, el cliente siempre debería de abonar el tipo básico de referencia más los 0,95 puntos porcentuales, y ello, con absoluta independencia de qué importe, o hasta dónde alcanzara el citado tipo básico. En un escenario de subidas importantes del EURIBOR, el cliente no se encontraba igualmente "blindado" como la entidad bancaria.

La falta de reciprocidad, pues, es palmaria.

La fijación de un tipo variable ofrece ventajas objetivas y compartidas para las dos partes y su referencia a un índice fijado objetivamente como es el Euribor, también. La entidad bancaria corre el riesgo de que el Euribor baje, beneficiándose correlativamente el consumidor; el consumidor corre el riesgo de perjudicarse si el Euribor sube, beneficiando al banco o caja. El equilibrio de este tipo de cláusula es claro. Con estos tipos de interés se ha facilitado, sobre todo, la adquisición de vivienda en tiempos de bajos tipos de interés; correlativamente, han aumentado los resultados o beneficios de las entidades de crédito que cobran un precio por los préstamos, que es el interés. Desde esta perspectiva, en principio, se aprecia que existe una reciprocidad económica perfecta.

Hemos de entender que es objetivamente restrictivo para el consumidor fijar un tipo "suelo" en el contrato. Si existe un interés variable, pero como excepción un tipo mínimo para el consumidor, por el cual, con independencia del tiempo de su aplicación y de que los tipos variables estén por debajo, el consumidor va a pagar un tipo mínimo y fijo, es evidente que se trata de una excepción que le puede ser perjudicial, en un momento determinado, incluso durante largos periodos de tiempo, según la evolución del EURIBOR.

Lo que la normativa protectora de los consumidores impone es que en el contrato exista reciprocidad entre las partes, amén de un equilibrio entre sus derechos y obligaciones. Por tanto, para que tal reciprocidad existiera, la excepción favorable al banco debería encontrarse justificada por la existencia de otra excepción favorable al cliente, o por existir algún tipo de contrapartidas equivalentes en beneficio del mismo, que ni siquiera se han alegado en el pleito que nos ocupa.

La argumentación que hacemos entronca directamente con la cuestión del precio o retribución que el banco debe recibir en atención a la cantidad prestada. Se ha intentado justificar el establecimiento de un tipo mínimo (la cláusula suelo) con el argumento de que, por debajo de dicho tipo, la operación no sería "rentable", en atención a los múltiples factores que intervienen en una contratación de este estilo (cantidad prestada y tiempo de amortización). Por tanto, con la cláusula suelo, la entidad bancaria tendría una remuneración, aún mínima, por la operación de préstamo concertada. Podría admitirse esta tesis. Ahora bien, la no previsión de cláusula techo alguna conlleva que, en determinados escenarios de subida del EURIBOR, la entidad bancaria podría percibir una remuneración que podría ser excesiva y que, por decirlo de algún modo, "rompería" la justicia o equidad del precio (interés) estipulado en su día. En el momento de la celebración del contrato, podría decirse



que existe un "riesgo" objetivo y perfectamente equilibrado para las partes; ahora bien, en el devenir del contrato (téngase en cuenta que en dicho contrato se establecía que el préstamo *estaría vigente hasta el 31 de octubre de 2042*); riesgo que se convierte en un exclusivo para el consumidor, que no se garantiza un "techo" asequible en su favor, pero sí un suelo realizable en su perjuicio. Desde otra perspectiva: la entidad bancaria siempre tendrá la certidumbre de que, como mínimo, recibirá un 3,80 % de interés, mientras que el cliente siempre tendrá la incertidumbre de la falta de límite, al alza, de interés que puede llegar a pagar.

En cualquier caso, y prescindiendo de este tipo de disquisiciones, no existe reciprocidad en el contrato, y estimamos que ello es contrario a la buena fe, cuando en el mismo la entidad bancaria protege sus intereses contractuales, mediante la inclusión de una cláusula suelo, sin que, a la inversa, se protejan los del cliente, mediante la inclusión de una cláusula techo. Al igual que a la entidad bancaria le interesa "cubrirse" frente a cierto tipo de escenarios económicos, al cliente igualmente le interesaría encontrarse también cubierto frente a otros, que le podrían ser perjudiciales. Mediante esta cláusula y sin contrapartida, la entidad prestamista con tipo de interés variable ha obtenido una posición más ventajosa objetivamente, en relación con el cliente que no goza de la protección en caso de una variación al alza del índice de referencia, o de otras ventajas que pudieran compensar esta falta de protección.

Es por lo dicho, confirmando el criterio de juzgador a quo en cuanto a la desestimación de la acción de no incorporación, por lo que estimaremos el recurso interpuesto y declararemos la nulidad de la cláusula a la que nos venimos refiriendo.

TERCERO.-

En materia de costas será de aplicación el art. 398.2, que dispone que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. En cuanto a las costas de la primera instancia, de conformidad con el art. 394.1, habrán de imponerse a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, sin que este tribunal aprecie la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.

CUARTO.-

De conformidad con el art. 208.4 LEC, toda resolución incluirá la mención de si es firme o cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que deba interponerse y del plazo para recurrir.

Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 466 y Disposición Final 16ª LEC, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario de infracción procesal, de los que conocerá, en su caso, el Tribunal Supremo, siempre que dicha sentencia sea recurrible en casación, por encontrarse en alguno de los casos previstos en el art. 477.2 LEC. Tales recursos deberán interponerse (téngase en cuenta que la modificación introducida en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, publicada en el BOE del día 11 de octubre, suprime el trámite de preparación de todos los recursos devolutivos, que habrán, por tanto, de ser directamente interpuestos, en plazo y forma, de conformidad con la Disposición transitoria única, Procesos en trámite) ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, constituyéndose previamente depósito para recurrir por importe de 50 euros por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Signaciones de esta Sección 8ª abierta en Banesto indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre).

QUINTO.-

De conformidad con la Disposición Adicional décimoquinta, número 8, de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, en caso de estimación total o parcial del recurso, procederá la devolución de la totalidad del depósito constituido por la parte para poder interponerlo.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con **estimación** del recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Arturo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Alicante, de fecha 23 de junio del 2011, en los



autos de juicio ordinario n.º 407 / 10, **debemos revocar y revocamos dicha resolución** en el sentido de dictar otra que, con estimación de la demanda interpuesta por aquél contra BANCO PASTOR, SA, declara la nulidad de la cláusula siguiente, inserta en la escritura otorgada entre las partes el día 4 de octubre del 2007: "*LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS: las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,80 % nominal anual*" , condenándola a la devolución al demandante de las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, imponiendo a la parte demandada las costas de la primera instancia y sin especial imposición de las ocasionadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-