



Roj: **SAP CC 990/2012 - ECLI:ES:APCC:2012:990**

Id Cendoj: **10037370012012100529**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2012**

Nº de Recurso: **623/2012**

Nº de Resolución: **536/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**CACERES**

**SENTENCIA: 00536/2012**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES**

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2012 0019523

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000623 /2012**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000262 /2012

Apelante: LIBERBANK

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: CARLOS RUBIO VALLINA

Apelado: Juan Francisco

Procurador: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

Abogado: JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ

**S E N T E N C I A NÚM.- 536/2012**

**Ilmos. Sres. =**

**PRESIDENTE: =**

**DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =**

**MAGISTRADOS: =**

**DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =**

**DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =**

---

**Rollo de Apelación núm.- 623/2012 =**



**Autos núm.- 262/2012 =**

**Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres =**

=====

En la Ciudad de Cáceres a catorce de Diciembre de dos mil doce.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 262/2012, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la demandada **CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA - LIBERBANK-**, representada en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Simón Acosta** y defendida por el Letrado Sr. **Rubio Vallina**, y como parte apelada, el demandante **DON Juan Francisco**, representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo** y defendido por el Letrado Sr. **Picado Domínguez**.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres en los Autos núm.- 262/2012 con fecha 4 de Octubre de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo la demanda interpuesta por D. Juan Francisco representado por la procuradora Dª Vanesa Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo contra Caja de Ahorros de Extremadura (hoy Liberbank), representada por la procuradora Dª María del Pilar Simón Acosta y en consecuencia:

A.- ESTIMO la pretensión de que se declare la nulidad por ser abusiva, de la siguiente cláusula, declarándola nula de pleno derecho: "3.- LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS

Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MAXIMO DE INTERÉS...12% NOMINAL ANUAL

TIPO MINIMO DE INTERÉS ... 5% NOMIAL ANUAL".

Esta nulidad supone que el tipo suelo o mínimo es de cero, debiendo aplicarse de igual forma para ambas partes el interés variable pactado.

B.- CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario a interés variable del que es objeto la demanda.

C.-CONDENO a la entidad a devolver la cantidad de 5.108,05 euros, cobrada de más a fecha de 3 de abril de 2012 más el interés legal desde la fecha de su cobro y aumentados conforme el art. 576 de la LEC .

D.-CONDENO a la demandada a pagar a la pagar demandante las cantidades que cobre ilícitamente en virtud de dicha cláusula desde la fecha de la demanda hasta la resolución definitiva del pleito, con sus intereses legales desde su cobro, aumentados conforme el artículo 576 de la LEC .

E.- CONDENO a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo las cláusulas suelo declaradas nulas, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable concertado con la demandante, contabilizando el capital que debió ser amortizado, cuya cuantía asciende a fecha de 3 de abril de 2012 a las cantidades de 1.524,11 euros.

No ha lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes..."

**SEGUNDO** .- Frente a la anterior resolución y por la representación de la demandada, se interpuso recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**TERCERO** .- Admitida que fue la interposición del recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

**CUARTO** .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

**QUINTO**.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este



Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **10 de Diciembre de 2012**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

**SEXTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA** .

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En el escrito inicial del procedimiento se promovió demanda por D. Juan Francisco , solicitando que se declare la nulidad de la Condición General de la Contratación contenida en un préstamo hipotecario concertado a interés variable con la entidad CAJA DE EXTREMADURA (LIBERBANK), que establece un tipo mínimo y máximo de referencia, es decir, una cláusula limitativa del tipo de interés, esto es, la conocida como "cláusula suelo-techo"; interesando la condena a eliminar dicha cláusula y a la devolución al actor de las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de la misma, con sus intereses legales devengados en la forma que se indica y condenando a la demandada a recalcular y amortizar de forma efectiva, con exclusión de la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario objeto de la demanda, que regirán en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, cuya cuantías ascienden, a fecha 3 de abril de 2012, a la cantidad de 1524?11 €, o aquellas otras o superiores o inferiores en función de las características del préstamo, todo ello con condena la demandada a abonar el interés legal incrementado en dos puntos, conforme a lo establecido en art. 576 LEC .

La pretensión fue estimada en la sentencia de instancia, acordando la nulidad por abusiva de la cláusula litigiosa y condenando la demandada eliminar dicha condición General contrato de préstamo y a devolver al actora la cantidad de 5108?05 € cobrada demás a fecha 3 de abril de 2012, más el interés legal desde la fecha de su cobro y aumentados conforme al artículo 576 LEC , así como a pagar la demandada las cantidades que cobre ilícitamente en virtud de dicha cláusula desde la fecha de la demanda hasta la resolución definitiva del pleito, más sus intereses, así como a recalcular y rehacer, excluyendo las cláusula suelo declaradas nulas, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, contabilizando el capital que debió ser amortizado, cuya cuantía asciende a fecha 3 de abril de 2012 a 1.524?11 €.

Disconforme la parte demandada, se alza en recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º) reiterar la excepción de litispendencia, que fue articulada por dicha parte en el proceso y desestimada por el juzgador.

2º) La entidad bancaria apelante sostiene que los pactos limitativos del tipo de interés son parte esencial del contrato, conformando el precio del mismo, elemento decisivo para forjar la voluntad del prestatario y, por eso mismo, no es condición general de la contratación, estando por ello excluidas del control judicial de abusividad.

3º) Por otro lado se dice en la apelación que no estamos en presencia de una Condición General de la Contratación por faltar los requisitos de predisposición e imposición, pues el consumidor no se adhiere al contrato, sino que con carácter previo ha pactado las condiciones y el tipo de interés aplicable en la oferta vinculante.

4º) Los pactos a la variabilidad del tipo de interés son conformes al principio de libertad de pacto, no son contrarios a la buena fe y no causan desequilibrio entre las prestaciones, toda vez que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí sola la falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es proporcionada. Así, a la obligación de pago del interés mínimo que resulte de la limitación a la baja a cargo del prestatario corresponde su derecho a no pagar más que el interés máximo que resulta de la limitación al alza, cualquiera que sea la diferencia de puntos que exista entre una y otra cláusula, y lo que es más importante, la Ley de Defensa de los Consumidores no se refiere en ningún momento a reciprocidad económica, sino jurídica.

Por todo ello, solicita la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de apelación incide en la reiteración de la excepción de litispendencia articulada por la demandada. Dicha excepción no se planteó en la contestación a la demanda, sino en el escrito presentado en fecha 17 de mayo de 2012, en el momento en que la demandada dijo tener conocimiento de haber recaído sentencia en apelación en el juicio verbal número 10/11, en el que se ejercitó una acción colectiva de cesación para la declaración de nulidad de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores y usuarios por la demandada, en los que se establece un tipo mínimo de interés o cláusula de tipo mínimo de referencia; y excepción que se argumentó de forma alegando que "conforme dispone el art. 421 de la LEC , la



resolución del procedimiento reseñado afectará a la reclamación que originó los presentes autos". , por lo que interesaba el sobreseimiento del proceso.

En cuanto a dicha pretensión, el Juzgado de lo Mercantil dictó auto de fecha 6 de julio de 2012, en el que, con motivación sobresaliente, dio respuesta a la escueta petición de litispendencia.

Ahora, en apelación, la demandada insiste en la litispendencia, afirmando en el recurso que se reitera la excepción articulada y aclarando ahora que la misma abarcaba la litispendencia propia e impropia, para indicar que se sigue manteniendo la concurrencia de la litispendencia en ambas modalidades y señalar que " *en cuanto a la fundamentación de la excepción, no remitimos a los argumentos expuestos en nuestro escrito, sin perjuicio de que al Tribunal que conocerá de este recurso le son de sobra conocidos*".

Es posible que tan escuetos argumentos no hubieran requerido argumentación tan amplia y fundada como la que se contiene la resolución indicada, pero en todo caso, dado el carácter de orden público de la excepción y para no vulnerar el derecho a tutela judicial efectiva, esta Sala va a entrar a conocer de dicha pretensión.

En primer lugar, es preciso advertir que la litispendencia es un concepto plurívoco, en el sentido de que de ella se puede hablar desde diversos ángulos y puntos de vista. Así, la doctrina procesalista se refiere a esta institución en un doble sentido: bien *litispendencia in genere*, para indicar la pendencia del proceso, bien *litispendencia in specie*, para destacar los problemas que surgen cuando una misma causa es propuesta posteriormente ante un juez diverso (o ante el mismo juez). En este último sentido más estricto es en el que parece que la demandada ha suscitado la litispendencia.

Desde el punto de vista estricto referido se concibe en la doctrina la litispendencia como aquella situación en virtud de la cual queda prohibido tanto al actor como al demandado la válida incoación de un proceso ulterior con idéntico objeto, ya sea ante el mismo o ante otro juez o tribunal.

En el ámbito de la jurisprudencia resulta especialmente destacable la definición y características que de la litispendencia dio ya la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1987 al establecer que : "*es doctrina de esta Sala la de que la litispendencia en nuestro derecho procesal, como excepción dilatoria para impedir la simultánea tramitación de dos procesos con igual contenido mediante la exclusión del promovido en segundo lugar, es institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada - sentencias de 10 de diciembre de 1956 , 10 y 22 de enero de 1958 , 28 de octubre de 1959 , 29 de diciembre de 1960 , etc- o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, según proclama el brocardo (de "cadem re no bis sit actio"), requiere las mismas identidades que aquella excepción perentoria ("exceptio rei indicate affinis ad modum est exceptio litis pendens", conforme al texto clásico) y en tal sentido jurisprudencia reiterada exige que, sin variación alguna la identidad entre ambos procesos, se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir, de suerte que para su estimación es necesario que entre el pleito pendiente y el promovido después exista perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, siendo ineficaz la defensa en otro caso, como acontecerá cuando las cosas litigiosas sean diversas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica - sentencias de 1 de diciembre de 1952 , 8 de marzo de 1953 , 26 de abril y 29 de mayo de 1963 , 13 de mayo de 1964 , 2 de enero de 1965 y 10 de mayo de 1971 - y es por ello que la coincidencia parcial de elementos, generadora de una posible acumulación de autos a instancia de parte legítima, constituye hipótesis distinta a la de exclusión del segundo proceso por pendencia del anterior ( sentencias de 26 de junio de 1975 y 24 de enero de 1978 ), así como que la excepción de litispendencia, quinta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tiende a evitar que sobre un mismo punto sometido con anterioridad a la decisión de otro Tribunal se produzcan, al ser examinado en el litigio posterior en que la excepción se actúa, resoluciones contradictorias y sólo cabe proponerla cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión, y en los propios términos que la planteada en el pleito en que aquélla se deduce, de modo que la sentencia dictada de uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro ( sentencias de 17 de febrero de 1950 , 8 de marzo de 1952 , 19 de octubre de 1954 y 5 de diciembre de 1981 ), y, finalmente que, para producirse situación de cosa juzgada, en este caso de litispendencia, por aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, se precisa la concurrencia total de la identidad de personas, cosas, acciones y causa o razón de pedir, lo que ha de ser apreciado estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia -en este caso demanda anterior- y las pretensiones del posterior proceso, puesto que de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición, y requiriéndose para apreciar dicha situación una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió -o se va a resolver- y lo que de nuevo se pretenda, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos, lo que solamente se pone de manifiesto cuando los litigantes, nuevamente bajo el pretexto de variar los razonamientos, de ocultarlos o dividirlos para alegarlos en otro juicio promuevan otros nuevos ( sentencias de 13 de enero de 1928 , 4 de abril de 1952 y 2 de junio de 1982 ).*



De lo expuesto se deduce que son requisitos para apreciar la situación de *litispendencia* denunciada los siguientes:

- A) la existencia de un litigio distinto a aquel en que se alega (duplicidad procesos).
- B) La pendencia del mismo ante juez o tribunal competente.
- C) La identidad sustancial de ambos procesos, suficiente para determinar que lo posteriormente resuelto en uno daría lugar a que prosperara la excepción de cosa juzgada en el otro.
- D) La necesidad de que quien alegue la *litispendencia* pruebe la existencia del proceso del que nace.

De lo expuesto se infiere la íntima relación existente entre litispendencia y la cosa juzgada instituciones que difieren no en su sustancia sino en cuanto al diferente momento procesal en que operan. Así, " *mientras la cosa juzgada excluye la decisión sobre un proceso ulterior igual al que ya ha sido resuelto por sentencia firme, la litispendencia produce igual efecto mientras este último aún no está finalizado por sentencia o la misma no ha ganado firmeza* " (SALAS CARCELLER).

En definitiva el fundamento último de la litispendencia estriba, según se infiere de lo expuesto en el eventual riesgo de emisión de sentencias contradictorias (así, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1.981 ; 15 de Marzo de 1.985 y 18 de Junio de 1.990 , entre otras).

Se sostiene por el apelante que puede existir litispendencia ex art. 421 de la LEC , respecto del juicio verbal número 10/11, seguido ante el mismo Juzgado de lo Mercantil de Cáceres , en el que se ejercitó una acción colectiva de cesación para la declaración de nulidad de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores y usuarios por la demandada, en los que se establece un tipo mínimo de interés o cláusula de tipo mínimo de referencia, en cuanto que la resolución de dicho procedimiento afectará a la reclamación que origino los presentes autos. Lo que no nos dice quien propuso la excepción, ni nos aclara ahora en apelación, es en que afectará aquella resolución a este proceso. Siguiendo la voluntariosa argumentación del juez de la primera instancia, se trata de estudiar si la sentencia dictada en el juicio verbal en el que se ejercitó la acción colectiva de cesación, produce o no efectos de litispendencia o, en su caso, de cosa juzgada entre las partes del litigio y se extiende a todos los consumidores.

Ciertamente, aquélla sentencia del Juzgado y su confirmación por otra de 24 de abril de 2012 de esta Audiencia Provincial, resolvían , al estimar la demanda, la cesación de las cláusulas controvertidas, denominadas de "suelo" o de "techo suelo" y, en ese sentido es claro que afecta a todos los consumidores que puedan tener en sus contratos dichas cláusulas. Ahora bien, como certeramente indica el juez de primera instancia, más allá de los efectos jurídico-materiales de dicha resolución, un planteamiento preciso y certero de la excepción de litispendencia y de cosa juzgada obliga a estudiar si se producen también esos efectos en el plano procesal.

El artículo 421 de la LEC señala que *"cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento.*

*Sin embargo, no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior.*

*Si el tribunal considerare inexistente la litispendencia o la cosa juzgada, lo declarará así, motivadamente, en el acto y decidirá que la audiencia prosiga para sus restantes finalidades".*

Por su parte, el artículo 222 de la LEC señala que *"1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley . Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley .(...)*4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Por su parte el artículo 11 de la LEC establece que *"1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los*





intereses generales de los consumidores y usuarios.2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios".

Pues bien, la cuestión ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 17 de junio de 2010, al señalar lo siguiente: "El alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución, pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores.

De esto se sigue que la consideración de los requisitos exigidos tradicionalmente por esta Sala para la consideración de la cosa juzgada, especialmente el de identidad subjetiva, no resuelve de forma automática la cuestión, para la que caben diversas soluciones legislativas, por lo que es necesario examinar cuál es el régimen que la LEC establece en esta materia.

El artículo 11.2 LEC (al que se ajusta la legitimación esgrimida por la parte demandante, según resolvió el Juzgado) establece que «[c]uando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.»

Podría sostenerse que, según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados ( artículo 15.3 LEC ), que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley.

Sin embargo, esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.2 LEC.

En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción.

En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Por esta razón debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda.

Pues bien, dado que las sentencias dictadas en ambas instancias no contienen pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, debe rechazarse la litispendencia afirmada por el apelante.



Es cierto que junto a la litispendencia propiamente dicha, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la llamada "litispendencia impropia", que no exige la clásica triple identidad a que nos referimos y que concurre cuando, como sostiene la STS de 25 de febrero de 2011, "*un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios*". Estamos, en realidad ante una cuestión de prejudicialidad civil del artículo 43 de la LEC, que permite suspender el proceso en que se articula, en tanto no se resuelva el proceso anterior si no es posible la oportuna acumulación de autos.

Esta prejudicialidad civil no fue alegada en absoluto por la entidad demandada en este proceso, por más que ahora, al socaire de su contemplación, quizá excesiva, en el auto del Juzgado de lo Mercantil, el apelante indique, como dijimos, que en realidad cuando formuló la litispendencia estaba planteándose la misma en su doble modalidad.

Dado que esa prejudicialidad civil no se ha interesado por la demandada en la primera instancia, no debería ni tan siquiera entrarse a conocer de la misma, a partir de su novedosa invocación en la apelación. Así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de julio de 2010, afirmando que "*regulada hoy la prejudicialidad en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la litispendencia en el artículo 421 de la propia Ley procesal, está claro:*

- 1) *Que no puede mantenerse la estimación de oficio de la prejudicialidad; y*
- 2) *Que no son las mismas las consecuencias de la estimación de la prejudicialidad que las de estimar la litispendencia.*

*En consecuencia, dado que ninguna de las partes ha interesado la suspensión del litigio, procede rechazar la litispendencia y proseguir el trámite (...)"*

Insistimos, aquí no se ha invocado la prejudicialidad civil, lo que se pone manifiesto no sólo porque no se menciona en el escrito de la demandada ya referido, en el que realmente se exceptiona la litispendencia propia, sino también porque, para salir de dudas, no hay más que ver el suplico de dicho escrito, donde no se pide la suspensión por prejudicialidad civil, sino que se pide el sobreseimiento de los autos, que es la consecuencia de la apreciación de la litispendencia propia.

Por todo ello, sin más consideración, se desestima este motivo de apelación.

**TERCERO.-** Antes de entrar en los restantes motivos de apelación, debemos destacar los caracteres fundamentales de la operación de préstamo hipotecario en que se contiene la cláusula cuya nulidad se interesa.

El día 3 de abril de 2008, D<sup>a</sup> Juan Francisco suscribió un préstamo hipotecario a interés variable con la entidad CAJA EXTREMADURA, por importe de 80.000 €, con duración de 33 años, fijando un tipo de interés fijo de 5,943 % durante un año y después Euribor a un año más 1?150 % y con las siguientes condiciones financieras, por lo que aquí interesa: un suelo de 5 % y un techo del 12 %.

Pues bien, entrando en el primer motivo, plantea la apelante que los pactos limitativos del tipo de interés son parte esencial del contrato, conformando el precio del contrato, elemento decisivo para forjar la voluntad del prestatario, libre y conscientemente aceptado por el mismo y, por eso mismo, no es condición general de la contratación, estando por ello excluidos del control judicial de abusividad.

En realidad, para resolver la impugnación, debemos plantearnos dos cuestiones: en primer lugar, y con carácter previo, si es cierto que de referirse la cláusula a un elemento esencial del contrato (el precio), está excluida del control jurisdiccional y, en segundo lugar, si, en el caso concreto, la cláusula de limitación de tipos de interés es realmente esencial.

Entrando en la primera cuestión, ciertamente parte de la doctrina mantiene la imposibilidad de considerar condiciones generales las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar, y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas; criterio que también se mantiene por algunas Audiencias Provinciales, como la de Sevilla de 7 de octubre de 2011, que denegó la nulidad de este tipo de cláusulas "suelo", por tal motivo.

Pues bien, debemos partir de que LCGC es trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dicha Directiva señala en su art. 4, lo siguiente: «1. Sin perjuicio del art. 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter



abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Por su parte, el art. 8 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Este marco comunitario previo, resulta esencial para resolver el meritado motivo de apelación, pues a partir de su consideración, nuestro Tribunal Supremo, antes de resolver sobre el posible carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza, valorando que la misma podía constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial: «¿El art. 8 de la Directiva debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el art. 4.2 de la Directiva?». A esta cuestión el TJUE en sentencia de fecha 3 de junio de 2010 respondió diciendo: «Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el art. 4, apartado 2, al ordenamiento interno. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el art. 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta. A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los arts. 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

A partir de respuesta del TJUE, el TS, en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2010 sostuvo que: «respecto a la otra cuestión planteada (...), relativa a la posibilidad de un control judicial del contenido de las cláusulas litigiosas y, al fin, a la interpretación del apartado segundo del ART. 4 de la Directiva 93/13/CEE, ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 3 de junio de 2010 dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida" Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente relativas a elementos esenciales del contrato también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.

Aunque esto ya es bastante para rechazar el motivo de impugnación, es que además, en cuanto a la segunda de las cuestiones que indicábamos, es más que discutible que el pacto de limitación de intereses tenga el carácter esencial pretendido. Esta Audiencia Provincial en su tantas veces citada sentencia de 24 de abril de 2012 señala que "según los datos objetivos ofrecidos por el propio Banco de España, dichas cláusulas fueron impuestas por un pequeño sector de la banca y no por todas las entidades de crédito, por mera decisión empresarial desligada de criterios definidos, y con la finalidad de garantizar unos determinados beneficios mínimos al prestamista. Las mismas entidades de crédito justificaban el "papel secundario" de estas acotaciones en la competencia, con el argumento de que el principal interés del prestatario se centraba únicamente en la concreta cuota a pagar, y estas cláusulas no afectaban a sus preocupaciones inmediatas, y que la regulación española no destaca el riesgo de tipo de interés, o mejor, la incertidumbre sobre la variabilidad de los tipos, como un "elemento esencial" de la información precontractual, pues sólo les obliga a mencionar la evolución del índice en los 24 meses anteriores al contrato.

Como ya hemos dicho, esta era la realidad social existente en el momento que se estipularon estas acotaciones a los tipos de interés variable, esas cláusulas limitativas que la entidad de crédito podía incluir en el contrato, no eran negociadas ni percibidas ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Las percibía, en su caso, como una imposición o condición accesorias, ya que o bien la aceptaba, o bien no recibía el préstamo, de tal modo que no pueden ser calificadas de "elemento esencial". La forma de incluir estas cláusulas





*limitativas, que suponen un evidente acotamiento de techos y suelos e influyen de manera indubitada en el coste final del préstamo, se firmaban por los clientes de la entidad bancaria como accesorias al contrato y no como parte sustancial del precio mismo".*

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid en su sentencia de 8 de septiembre de 2011 señala en este punto, que aun cuando se debe *"destacar las dudas que suscitaría la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, esa aplicación eventual y no permanente ha sido destacado en la misma resolución de la Secc. 28 de la Audiencia Provincial de Madrid - de 22 de marzo de 2007-antes citada para excluir el carácter esencial de la cláusula, cuya ausencia por otro lado no impide que pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Por tanto (...) La cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato".*

Por tanto, debemos concluir que no estamos ante una condición esencial del contrato, que aquí solo sería predicable del interés variable pactado y, además, que, en todo caso, aunque se partiera de ese carácter esencial, desde luego no estaría excluido del control jurisdiccional de abusividad conforme a la Ley de CGC, por lo que debe rechazarse este motivo.

**CUARTO.-** Se niega por la apelante la naturaleza de Condición General de la cláusula suelo, pues el Juzgador de instancia la considera como una Condición General de la contratación, al estimar que se cumplen las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos, criterio que es negado por la representación de la demandada, quien sostiene que estamos ante una cláusula contractual libre y voluntariamente aceptada por las partes y que parte de la existencia de una previa oferta vinculante que permitió al consumidor contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado.

Siguiendo a la reciente sentencia de esta Audiencia de fecha 24 de abril de 2012, que declara, estimando una acción colectiva, la nulidad de la cláusula litigiosa impuesta por la misma Caja Extremadura *"según se desprende del Art.1 de la LCGC y considera la doctrina más autorizada, la Condición General de la Contratación se caracteriza por la siguientes notas: a) predisposición por una de las partes: una cláusula es predispuesta cuando ha sido redactada antes de la fase de negociación o celebración del contrato, b) ausencia de negociación individual, lo que representa en si un efecto de la predisposición, pues si existe negociación individual no existe predisposición y por tanto tampoco condición general, además de los dispuesto en el Art. 1.2 de la LCGC que no excluye la consideración de Condición General de la Contratación por el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente ni excluirá la aplicación de la Ley al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión c) imposición, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente"*.

La parte apelante niega que la cláusula de limitación de la variación del interés variable sea una Condición General de la Contratación, pues ha sido negociada de forma individualizada con el consumidor.

Ciertamente, si se prueba que la cláusula controvertida ha sido negociada de forma individual, se excluiría la protección al consumidor/adherente establecida tanto en el TRLGDCU como en la LCGC, por lo que si la entidad financiera hubiera acreditado en este procedimiento, al corresponderle la carga de la prueba de este extremo, que existió negociación, ya resultaría innecesario entrar a valorar si la cláusula es o no abusiva. Es obvio que en esta materia contamos con una específica regla de la carga de la prueba que se encuentra en el artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU, a cuyo tenor: "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

La apelante sostiene que esa negociación individual existió tanto por la aceptación de la oferta vinculante, como por el control efectuado por el Notario en el momento del contrato. En la sentencia de instancia se niega esa negociación individual.

Pues bien, en lo que se refiere a la existencia de una oferta vinculante, compartimos el criterio del juez "a quo" relativo que dicha oferta no es otra cosa que el cumplimiento de la exigencia legal de información al consumidor, a partir de la clara posición de predisponente de la entidad bancaria, pero eso no significa en absoluto negociación individual alguna. La cláusula en cuestión está redactada e impuesta por el



predisponente y la oferta vinculante no es más que un puro formalismo, relleno para aparentar el cumplimiento del deber de información.

En cuanto a la intervención del Notario, tenemos que recordar, como se expuso en la sentencia de 24 de abril de 2012 de esta Audiencia que la prueba de la negociación individual *"no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo"*.

Pues bien, hemos de coincidir con el juzgador de la instancia en que esa prueba aquí no se ha producido, sin que desde luego la misma se deduzca de la mera escritura de préstamo hipotecario que como tal no prueba la negociación, en el sentido de que el contratante consumidor pudiera contratar sin esa cláusula, por lo que debemos concluir que la cláusula litigiosa tiene el carácter de condición general de la contratación.

Por tanto, concurren todos los requisitos para considerar que estamos ante una condición general, regulada en el Art. 1 de la LCGC, es decir, se trata de cláusula o condición predispuesta por la entidad bancaria demandada, pues fue redactada unilateralmente por la misma antes de la fase de celebración del contrato, con total ausencia de negociación individual, y finalmente, como hemos adelantado, fueron impuestas por la entidad bancaria, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente, conociendo el cliente que de no aceptar la mismas le sería denegado el préstamo.

Pero es que, además, la falta de negociación individual de la cláusula financiera de la escritura de préstamo hipotecario, en concreto de la "cláusula suelo" litigiosa, no solo deriva de su falta de prueba por la entidad bancaria, sino también de los propios términos en los que viene regulada dicha modalidad contractual en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que cita la apelante a otros efectos que luego estudiaremos.

En tal sentido, la Exposición de Motivos de la citada Orden, señala que su finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. En concreto, el Art. 3 de la OM citada impone a la entidad financiera la obligación de entrega un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios; folleto que tendrá carácter informativo, y el Art. 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o notificarle la denegación del préstamo. Así mismo, el Art. 6 impone la obligación de consignar de forma separada las cláusulas financieras entre las que se encuentra la limitación del tipo de interés variable del resto del clausulado del contrato, y finalmente el Art. 7 impone por un lado un deber de información al Notario autorizante respecto del contenido de dichas cláusulas financiera, así como verificación del ajuste de las cláusulas contenidas en la escritura con las contenidas en la oferta vinculante.

Pues bien, esas normas ponen claramente de manifiesto que este tipo de cláusulas no son negociadas individualmente y que la redacción de la misma se realiza por la entidad financiera, sin posibilidad de negociación alguna por el consumidor. Es más, no puede olvidarse que la citada Orden Ministerial se refiere también a la llamada "cláusula del redondeo", respecto de la que el TS se ha pronunciado en sus sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, considerando que se trata de condiciones generales de la contratación. Como dice la sentencia de esta Audiencia de 24 de abril de 2012 *"la citada Orden tiene un alcance meramente formal tendente a promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de las aquellas cláusulas de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Pero las recomendaciones de dicha Orden en absoluto quiere decir que en la realidad y en la práctica se materialicen las obligaciones formales establecidas en la misma con una verdadera fase de negociación entre la entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas. Todo lo contrario, es una realidad y un hecho notorio, que las cláusulas del tenor de las aquí examinadas son redactadas siempre y en todo caso por la entidad financiera que posteriormente*



la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el Art. 5, de existir la misma, y posteriormente las plasma en la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante. Consecuencia de lo anterior, y estando ante cláusulas pre-redactadas, por no decir, que redactadas única y exclusivamente por la entidad apelante, corresponde a ésta acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual".

**QUINTO.-** En el último motivo de apelación se esgrime que la convención relativa a la variabilidad del tipo de interés, que es conforme al en principio de libertad de pacto proclamado en el Art. 315 del Código de Comercio, no es contraria a la buena fe y no causa desequilibrio entre las prestaciones, toda vez que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí sola la falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es proporcionada. Así, a la obligación de pago del interés mínimo que resulte de la limitación a la baja a cargo del prestatario corresponde su derecho a no pagar más que el interés máximo que resulta de la limitación al alza, cualquiera que sea la diferencia de puntos que exista entre una y otra cláusula, y lo que es más importante la Ley de Defensa de los Consumidores no se refiere en ningún momento a reciprocidad económica, sino jurídica. En definitiva, se plantea en este motivo si la cláusula suelo-techo a que se refiere la demanda, es o no abusiva por resultar desproporcionada, carentes de reciprocidad y contraria a la buena fe.

Debemos partir de que el concepto de cláusula contractual abusiva es aplicable a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, y puede darse tanto en condiciones generales, como en contratos particulares que incluyen cláusulas predispuestas a las que el consumidor se limita a adherirse, es decir, sin negociación individual.

Una cláusula es abusiva, ex. Art. 82 del TRLGDCU, cuando en contra de las exigencias de la buena fe, causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Tras esta definición de carácter genérico el legislador incorpora un listado de cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas,

El control judicial de contenido o control material de la abusividad pretende garantizar la exclusión de las cláusulas que sean abusivas. A esos efectos, el art. 80.1 del TRLGDCU determina que las cláusulas no negociadas individualmente incorporadas a contratos con consumidores deben reunir, entre otros, los siguientes requisitos: *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

En el supuesto examinado la cláusula cuestionada tienen el siguiente tenor:

*"Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicables:*

*TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 5 % NOMINAL ANUAL*

*TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12?00% NOMINAL ANUAL"*

El pacto de limitación de intereses es uno de los mecanismos de cobertura de los riesgos derivados de la variabilidad de los tipos de interés. En principio, estamos ante un pacto lícito, sujeto al principio de libertad de pacto, proclamado en el Art. 315 del Código de Comercio, como se señala en el Informe del Banco de España y establece el artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de junio de 1994 sobre transparencia bancaria. Ahora bien, para que en el caso concreto se pueda sostener esa validez es esencial que cubra a ambas partes en similar medida o alcance, que se cumpla realmente, desde el punto de vista material y no como simple formalidad, con las garantías de una adecuada información previa, así como que su redacción sea clara y comprensible para la adecuada formación de la voluntad del usuario y no sea contrario a la buena fe.

En efecto, es la propia OM citada la que ampara legalmente la validez y existencia de esas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, la que considera que son válidas siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

1º) Sean resultado de un acuerdo de libre voluntad entre las partes, lo que en modo alguno sucede en este caso como hemos señalado, pues ha sido impuesta de forma unilateral por la entidad bancaria.

2º) Se reflejen debidamente en el contrato, como sucede en el supuesto sometido a nuestra consideración, pues así consta en la escritura pública otorgada a tal efecto, aunque no consta en ninguna oferta vinculante o documento privado previo (en cuanto a la escritura que opera la novación).

3º) Que, además, las limitaciones al alza y a la baja sean semejantes o proporcionales, pues de no serlo, el mismo Notario autorizante tiene la obligación de advertirlo a las partes y de dejar expresa constancia en la escritura. En este caso no consta que el cliente fuera advertido especialmente por el fedatario público de



que hubiera desproporción, o al menos no quedó reflejada esta advertencia de forma expresa en la escritura pública.

El requisito de la reciprocidad es, sin duda, el que presenta aspectos más complejos en este tema. La actora invoca, a este respecto los arts. 80.1.c, 82.4 b,c y d y sobre todo, 87de la LGDCYU, que considera abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. Sostiene la demandada-apelante que dicha reciprocidad es de carácter jurídico, no económico, indicando que las fases del ciclo del mercado cambian y es imposible prever en qué medida, sin que pueda realizar esa previsión el juzgador a partir de la mera observación de la cláusula. El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, en su sentencia de 8 de septiembre de 2011 , a partir de la discusión en doctrina y jurisprudencia del alcance y sentido del requisito de reciprocidad y más concretamente si el mismo ha de tener una estricta significación jurídica, es decir, ceñirse al estudio de una reciprocidad obligacional o causal, a partir de la constatación de los derechos y deberes de las partes y su relación entre si, o si, además, es procedente un entendimiento de la reciprocidad desde la perspectiva económica, pudiendo analizar si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes, concluye que no es posible estudiar la reciprocidad desde la perspectiva del correcto equilibrio económico de las prestaciones, *"pues ello implicaría la necesidad de que la decisión judicial se extienda a la integración de un elemento esencial como es el precio y tratándose de una entidad que interviene en el mercado en régimen de libre competencia con otros sujetos, esa intervención, puede producir efectos no deseados en el ámbito competencial e incluso afectar negativamente la posición de la entidad en el mercado"*, añadiendo que *"se estaría exigiendo al juzgador realizar un juicio de previsión de ciclos económicos de carácter macroeconómico, sin más sustento que la evolución del Euribor en el período precedente, juicio macroeconómico poco ponderado y que viene sustentado en la ausencia de cambios clave en el panorama económico de la zona Euro, lo que en la situación actual es mucho decir"*, concluyendo que *"la condición ahora litigiosa viene integrada junto con el resto de condiciones descritas en la condición tercera con la finalidad del establecimiento del tipo de interés remuneratorio, en cuya mecánica no puede considerarse que se rompa la debida reciprocidad en los derechos y obligaciones del contrato, sin perjuicio del derecho del consumidor a no contratar un producto, que considere por debajo de las expectativas económicas, o cuyas condiciones considera puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora"*.

*En el caso concreto del préstamo sometido a examen, es de ver como, al fijar un interés mínimo, por debajo del interés legal, se está manteniendo un margen de maniobra a la variabilidad del tipo de interés y por tanto, conservando los efectos propios del establecimiento en tipo de interés variable, ya que hasta un límite se puede beneficiar al usuario. De otro lado es de ver como el diferencial aplicado, es inferior a los utilizados en el mercado hipotecario por otras entidades financieras cuando comercializan los préstamos hipotecarios sin límite a la variación del tipo de interés.*

*De otro lado, tampoco se da la reciprocidad, entendida en los términos expuestos anteriormente, pues se recogen limitaciones, tanto en el tipo mínimo como máximo, cuya falta de proporcionalidad, no ha quedado debidamente justificada, lo que unido a la aplicación de condiciones económicas más favorables, en cuanto al diferencial aplicable, excluyen la ausencia de reciprocidad".*

La **SAP** de Cáceres de 24 de abril de 2012 aboga con claridad y por contra esta segunda perspectiva y así sostiene que *"no se trata como pretende la recurrente de determinar si concurre la reciprocidad obligacional en el sentido de que sólo se revise si a ambas partes se le atribuyen los mismos derechos y obligaciones, sin poder entrar a examinar el precio pactado por considerarlo elemento esencial, sino que expresamente tan repetida Orden Ministerial obliga a advertir al consumidor si no existe "reciprocidad económica " entre el interés fijado como suelo y techo. Téngase en cuenta que dicha normativa exige al Notario que advierta de la existencia de desproporción o desigualdad en el caso de apreciarla, cuando el contrato incluye cláusulas limitativas a los tipos de interés, y ello es así, porque generalmente se trata de estipulaciones de difícil comprensión para el particular, que puede estar firmando un pacto abusivo sin conocer la trascendencia que supone respecto al interés pactado, al impedirle poder beneficiarse de los tipos de intereses bajos, pues sin conocerlo, está firmando una cláusula que fija un tipo mínimo muy alto en función del interés vigente en aquellas fechas y en las actuales: Euribor más 0,75 ó 1%, equivalente a un tipo de interés alrededor del 2%, cuando en las cláusulas examinadas se fija un mínimo de hasta el 5%, obligando al cliente a abonar un interés de más del doble que le pudiera corresponder de no haber firmado dicha cláusula suelo-techo. Por tanto, la desproporción es más que manifiesta y patente"*.

Continua sosteniendo esta sentencia que *" Las cláusulas sometidas al control judicial acompañadas a la demanda no solo son absolutamente desproporcionadas, imponiendo un "límite suelo " excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza hasta el 5% en evidente perjuicio del particular, sino también se trata de cláusulas abusivas, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha limitado en unos*





intereses del 12%, absolutamente inimaginables en las fechas que se firmaron las cláusulas que nos ocupan, como inimaginables en la actualidad.

En estos casos el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente perjuicio para el mismo, pues se ve obligado a pagar un interés de más del doble que le pudiera corresponder, como ocurre en los últimos años y en la actualidad, y como contraprestación no ha obtenido ningún límite al alza razonable, pues se trata de "cláusulas techos" del 12%, que desde que se firmaron hasta la actualidad son absolutamente inoperante para el consumidor, de modo que se les ha impuesto unas cláusulas "suelo" sin reciprocidad alguna.

Referidas cláusulas resultan abusiva por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5 % nominal anual, que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década.

Consecuencia jurídica de lo expuesto es que ante tan evidente desproporción, las cláusulas reseñadas en la demanda deben ser consideradas abusivas pues se trata de estipulaciones no negociadas individualmente ni consentidas expresamente, que causan en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y por tanto, nulas como acertadamente se declaran en la sentencia de instancia.

Dispone al efecto el artículo 8.1 de la Ley 7/98 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que "Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Y añade en su apartado segundo que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Obviamente, dicha remisión debe entenderse referida a la vigente Ley de Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cuyo artículo 82.1 establece que "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". Y al anterior, añade el apartado tercero del precepto que "en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive, determinen la falta de reciprocidad en el contrato"., para terminar concluyendo que : " En definitiva, el conjunto de las pruebas practicadas ponen de relieve la falta de semejanza entre las limitaciones al alza y a los límites a la baja practicadas por CAJA EXTREMADURA en los préstamos hipotecarios suscritos a interés variable a que se refiere la demanda, hasta el punto, que afecta a la propia sustancia del contrato, pues se configura y pacta por las partes a interés variable, y después se le ponen unos límites por abajo tan altos, que de haberlo conocido los clientes le hubiera sido más beneficioso pactar un interés fijo.

Esto es así, porque las cláusulas suelo se han mostrado efectivas prácticamente desde el inicio de los contratos hasta la actualidad, liberando a la entidad bancaria del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, mientras que los prestatarios no verán cubierto su riesgo de tener que afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor. Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas, que no se ven compensadas con límites superiores (techos) que protejan de una manera efectiva y real a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado; requisitos que no concurren en las cláusulas suelo-techo o Condición General de la Contratación introducidas por al entidad bancaria en las escrituras de préstamo hipotecario en las que interviene, en las que se fija un límite superior del 12% que de acuerdo con lo dicho anteriormente no puede considerarse potencialmente real".

Esa visión integral de la reciprocidad ha sido auspiciada por diversas resoluciones judiciales. Así, el Juzgado de lo mercantil de Sevilla en su sentencia de 30 de septiembre de 2010 señala, analizando los suelos y techos examinados en el caso de referencia que "En la comparación de los mismos, a simple vista, se advierte de modo notorio un desfase entre los extremos, pues mientras considerando el tipo de partida de un préstamo, ordinariamente superior al "suelo" señalado, y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe



reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el "techo" señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15% de techo señalado, no pudiese ser afrontada por nadie o muy pocos. Y ello es de interés destacarlo considerando las estadísticas sobre el volumen de hipotecas en España en 2009 que ascendía al 42% del mercado hipotecario español (pág. 5 del informe KPMG). Es decir se reputa notorio, y a simple vista, que las limitaciones al alza y a la baja "no son semejantes" en la terminología de la OM de transparencia bancaria citada. Sino que la relación es desproporcionada y señaladamente por el lado de la subida o techo, en relación al suelo".

De igual forma, el Juzgado de lo Mercantil de León en su sentencia de 11 de marzo de 2011 señaló que: "fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el art. 82.3 de la LGDCU, en cuya virtud "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". Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo hipotecario que redacta. Efectivamente, la evolución del Euribor facilitada por la propia demandada (documento nº 21) revela que el tipo más alto que ha llegado a alcanzar desde su inicio en 1999 es el de 5,384% registrado en septiembre de 2008, más que distante del límite superior contemplado por la condición general cuestionada. Y aún cuando es cierto, como señalaba la demandada, que otros índices tomados como referencia en los préstamos hipotecarios como el CECA o el MIBOR entre otros han alcanzado históricamente registros superiores al 12%, no cabe, porque así lo prohíbe el citado art. 82.3 de la LGDC, descontextualizar dicho dato de las circunstancias existentes en el momento en que se produjo, con un precio de mercado de la vivienda infinitivamente inferior al que ha conocido en los últimos años, y una duración correlativa del período pactado para la devolución del préstamo también notablemente más reducida.

De hecho, en las condiciones en las que han sido convenidos los contratos de préstamo hipotecario afectados por la cláusula denunciada, con un precio medio de vivienda próximo a los 200.000€ y una duración media del préstamo de entre 20 y 30 años, una hipótesis de evolución alcista del Euribor más allá del 12% no puede sino considerarse ajena a la realidad, y ello por razón de la imposibilidad de absorción por el mercado, en la medida en que buena parte de los prestatarios, habitualmente endeudados por la adquisición de vivienda en una proporción irracional de sus ingresos, carecerían de capacidad económica para hacer frente a tales cuotas, y las entidades de crédito verían más que reducida su principal fuente de ingresos, centrada en la venta de productos financieros y en particular de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, y seriamente amenazada su cuenta de resultados.

Y aún cuando podría alegarse que las anteriores consideraciones, que se erigen en ratio decidendi fundamental de la apreciación del carácter abusivo de la condición general denunciada, responden a un proceso deductivo unilateral carente de un soporte fáctico y técnico bastante como para llevar a la declaración de la nulidad de aquella, debe señalarse que las mismas cuentan con el respaldo del informe emitido por el Banco de España, antes referido, cuando expresa (página 21 del boletín) que "En todo caso, y sean cuáles sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que en la mayoría de los casos no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos", para terminar concluyendo que "en definitiva, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la cartera, no tienen en general virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incremento de tipos de interés. De hecho, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo"(...).

En conclusión, pues, se constata una falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja comúnmente practicadas por la demandada en los préstamos hipotecarios suscritos a interés variable, en la medida en que pese a que la segunda se muestra potencial y realmente efectiva, pues al presente está liberando a la demandada del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, sin embargo el prestatario no verá cubierto su riesgo de haber de afrontar una cuota muy superior en caso de producirse, como de hecho ya vaticina el Banco Central Europeo, una tendencia alcista en la evolución del Euribor, por lo que en definitiva, constatada tal falta de semejanza, debe la misma reputarse determinante de un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, y en todo caso de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que añadidas a la obvia mala fe que preside la actuación de la demandada y que resulta de la predisposición e imposición de un instrumento de cobertura de riesgo irreal, no cabe sino calificar de abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, la condición general objeto de impugnación".



De igual modo, debe destacarse la sentencia de 7 de abril de 2011 de la AP de Barcelona, Sección 14ª, que en el caso de una acción como la presente, estimó la demanda presentada por un consumidor en relación a una cláusula suelo incorporada al contrato de hipoteca y declaró que éste únicamente debería abonar el Euribor más el diferencial pactado, debido a la falta de coincidencia entre lo consignado en la oferta vinculante y en el clausulado de la hipoteca e, igualmente, la **SAP** de Burgos de 23 de marzo de 2012 se pronuncia a favor de la anulación.

A nuestro juicio, la clave no sólo está en esa posibilidad de estudiar la correspondencia entre el valor de las prestaciones ofrecidas por las partes, cuando la desproporción sea notoria como en este caso, sino, sobre todo, en la buena fe. La buena fe es un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. En este caso, la buena fe se proyecta en la fase de redacción y celebración del contrato y obliga al predisponente a "tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta", como se expone en el considerando 14 de la directiva 93\13. En el ámbito de la LGDCU, la buena fe presenta, como se señala en la doctrina, un auténtico perfil institucional, en cuanto al aceptar una cláusula predispuesta de carácter general se proyecta sobre un grupo de potenciales consumidores, convirtiéndose en un auténtico patrón de enjuiciamiento de la validez de las estipulaciones contractuales.

Pues bien, desde esta perspectiva, es claro que partiendo de la licitud del pacto de cobertura o limitación de tipos de interés, su validez se mantendrá desde la perspectiva de la proporción o reciprocidad entre las partes. Desde este punto de vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista, es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad y, en este punto, la entidad apelante ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. La entidad apelante sabe que si sólo hubiera establecido un pacto de suelo, la cláusula sería claramente desproporcionada y, por tanto, susceptible de una clara nulidad. Lo que hace es establecer esa cláusula de suelo, con voluntad de que entre en juego, al estar sustentada en parámetros reales, en el marco de una clara tendencia, con alguna leve fluctuación, a la bajada de los tipos de interés. La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula "suelo" que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluto y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12%. Ese techo no se ha aplicado nunca en la vida del contrato y es desconocido en los últimos años, sin que sea de ninguna manera previsible su operatividad práctica. Sin embargo, la cláusula suelo se ha aplicado frecuentemente, impidiendo que el consumidor disfrute de la bajada de los tipos de interés, más allá del umbral establecido. De ese modo, disimula la cláusula que se quiere disponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula como acertadamente estableció el juzgador de la instancia.

A este criterio, reflejado, entre otras, en las sentencias de esta Audiencia Provincial de 23 de mayo de 2012, 19 de junio de 2012, 11 de julio de 2012, se ha adherido la muy reciente sentencia de 13 de septiembre de 2012, de la Sección 8ª, de la Audiencia Provincial de Alicante.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse en su totalidad el recurso de apelación interpuesto y confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

**SEXO.-** De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de esta alzada no se imponen a la parte apelante no obstante desestimarse el recurso, pues estamos ante una cuestión que presenta serias dudas de hecho y de Derecho, con resoluciones judiciales contradictorias en el ámbito de los Tribunales, que no se despejarán hasta que se pronuncie nuestro Tribunal Supremo, lo que permite aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

## FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA (LIBERBANK)** contra la sentencia núm. 152/2012 de fecha 4 de Octubre 2012 dictada por



el Juzgado de Primera Instancia y Mercantil núm. 1 de Cáceres, en autos núm. 262/12, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** expresada resolución; sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

**PUBLICACIÓN** .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

**DILIGENCIA** .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ