



Roj: SAP A 2230/2012  
Id Cendoj: 03014370082012100332  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Alicante/Alacant  
Sección: 8  
Nº de Recurso: 168/2012  
Nº de Resolución: 368/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ENRIQUE GARCIA-CHAMON CERVERA  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

**ROLLO DE SALA Nº 168-M58/12**

**PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 309/11**

**JUZGADO DE LO MERCANTIL ALICANTE-1**

**SENTENCIA NÚM. 368/12**

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrada: Doña Cristina Trascasa Blanco.

En la ciudad de Alicante, a trece de septiembre de dos mil doce.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en lo mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 309/11, sobre nulidad de condición general de contratación por abusiva y reclamación de cantidad, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, Don Pedro Jesús , representada por el Procurador Don Esteban López Minguela, con la dirección de la Letrada Doña Pilar Buendía Amat y; como apelada, la parte demandada, NCG BANCO, S.A. (en lo sucesivo, la Caja), representada por la Procuradora Doña Jone Miren Mira Erauzquin, con la dirección del Letrado Don Florentino Molina-Martell Rodríguez.

#### **I - ANTECEDENTES DE H E C H O.-**

**PRIMERO.-** En los autos de Juicio Ordinario número 309/11 del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Alicante se dictó Sentencia de fecha veintiuno de febrero de dos mil doce , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que debo desestimar la demanda interpuesta por Pedro Jesús contra CAIXA DE AFORROS, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA -NOVACAIXAGALICIA absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas .Cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad ."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora y, tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a la demandada que presentó el escrito de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 168- M58/12, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo para el día once de septiembre, en el que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Il'tmo. Sr. D. Enrique García Chamón Cervera.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demanda que inicia este proceso tiene por objeto, de un lado, una pretensión de declaración de nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario celebrado el día 30 de enero de 2007 que establece una limitación a la variación del tipo de interés aplicable durante su vigencia de treinta y cinco años que no podrá ser inferior al tres por cien ni superior al diez por ciento y; de otro lado, una pretensión de condena a la devolución de 2.985,98.- # que se corresponden con las cantidades repercutidas por la Caja en aplicación de la condición general nula (935,8.- #) más los gastos y comisiones abonados por la novación modificativa de la condición general nula que tuvo lugar mediante escritura otorgada el día 30 de agosto de 2010 (2.050,10.- #).

La Sentencia de instancia desestimó la demanda en atención a las siguientes razones: 1.-) la cláusula litigiosa no constituye una condición general de la contratación al no reunir la característica de la imposición; 2.-) la cláusula suelo-techo controvertida no es abusiva porque está amparada por la libertad contractual, no provoca un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y; no existe prueba de la desproporción.

Frente a la misma se ha alzado la parte actora quien impugna las razones que sirven de base a la desestimación de la demanda.

Antes de acometer el examen de las alegaciones del recurso transcribiremos la cláusula cuya nulidad se pretende: " *TERCERA-BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE* : 1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada periodo, que en ningún caso podrá exceder del DIEZ por ciento ni ser inferior al TRES por ciento, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período..." En definitiva, se trata de una cláusula que establece un límite mínimo y máximo (conocidas como cláusula suelo y cláusula techo) a la variabilidad del tipo de interés formado por el Euribor a un año más el margen bonificado del 0,45%, aplicable durante los treinta y cinco años de vigencia del préstamo.

**SEGUNDO.-** La primera alegación del recurso tiene por objeto poner de manifiesto la concurrencia del elemento de la "imposición" de la cláusula controvertida para poder calificarla como condición general de contratación según el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación pues en la Sentencia de instancia se niega su concurrencia atendiendo a que fija un elemento esencial del contrato como es el precio o la retribución.

Se estima el recurso en este particular y se considera que la cláusula suelo-techo reviste todas los elementos propios de las condiciones generales de la contratación y, consiguientemente, puede examinarse la posible nulidad de la misma por ser abusiva ( artículo 8.2 de la Ley 7/1988 ) porque al margen de presentar los elementos de la predisposición y generalidad (admitidos en la Sentencia recurrida) también reúne el elemento de la imposición en el sentido de ausencia de negociación al carecer el adherente de influencia en la determinación del contenido obligacional.

La cláusula controvertida reúne el requisito de la imposición porque:

En primer lugar, negamos que los límites a la variación del tipo de interés del préstamo constituyan un elemento esencial del préstamo al formar parte del precio porque realmente viene a actuar como un pacto accesorio de control respecto del tipo de interés aplicable (Euribor a un año más el margen bonificado del 0,45%) que es la verdadera retribución o precio del préstamo, por lo que solo se aplicará cuando concurra el supuesto previsto; es decir, puede que no se aplique nunca o puede que se aplique durante determinados periodos de la vigencia del contrato.

En segundo lugar, destaca el carácter accesorio de esta cláusula el "Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios" incorporado al Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado de 7 de mayo de 2010 en correspondencia a la moción por la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas de las entidades de crédito de revisión de las cuotas de las hipotecas, al señalar que "el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas [de acotación de variación de tipos] se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios."

En tercer lugar, la STS de 4 de noviembre de 2010 , entre otras muchas, ha declarado la nulidad por abusiva de la llamada cláusula de redondeo al alza del tipo de interés aplicable a un contrato de préstamo de la que formaba parte como condición general de la contratación. En la medida en que la cláusula de redondeo también constituye un pacto accesorio que sirve para cuantificar el tipo de interés exigible, iguales

consideraciones son extensibles para calificar como condición general de contratación a la cláusula suelo-techo porque cumple una función de análoga naturaleza.

En cuarto lugar, la STJUE de 3 de junio de 2010 declaró que el apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE 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, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato como es el precio, también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.

En quinto lugar, no deben confundirse dos manifestaciones de la autonomía privada consistentes, de un lado, en la libertad de contratar, esto es, de decidir si consiente y; de otro lado, la libertad en la determinación del contenido. En nuestro caso, es posible que el actor tuviera a su disposición ofertas vinculantes de diferentes entidades financieras con condiciones distintas y pudo elegir la que más le convino, pero no consta que pudiera modificar el contenido obligacional de la oferta vinculante que le facilitó la Caja.

Por último, el hecho de que la novación posterior del contrato de préstamo de fecha 30 de agosto de 2010 promovida por el actor incluyera la supresión de la cláusula suelo-techo no significa que el actor tuvo igual facultad de negociación cuando celebró el contrato originario de fecha 30 de enero de 2007 sino que fue en aquel momento cuando se apercibió realmente del carácter perjudicial por falta de reciprocidad de la cláusula suelo al habersele aplicado de manera efectiva sin beneficiarse del descenso del tipo de interés.

**TERCERO.-** Seguidamente, en el recurso se alega la concurrencia de los requisitos del carácter abusivo de la cláusula controvertida a los que se refiere el artículo 10-bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable *ratione temporis* atendiendo a la fecha de celebración del contrato.

Estos requisitos son: 1.-) ser contrarias a las exigencias de la buena fe; 2.-) causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato.

Hemos de partir de una conclusión expuesta en el Informe del Banco de España antes aludido sobre la nula eficacia protectora de la cláusula techo respecto del cliente: "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 tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos...En consecuencia, 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 incrementos de tipos de interés."

Frente a la nula eficacia protectora del cliente por los altos niveles que alcanzan las cláusulas-techo, lo cierto y real es que sí ha operado la cláusula suelo de protección de la entidad prestamista frente a descensos importantes del Euribor a un año como se observa en el cuadro de su evolución desde su inicio en el año 1999 (documento número 3 de la demanda).

Así las cosas, hemos de convenir que la aplicación real de la cláusula suelo-techo pone de manifiesto que la entidad financiera ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe quebrantando la relación de confianza del cliente porque bajo la aparente y formal reciprocidad se encubre una situación ventajosa únicamente para la entidad, máxime si tenemos en cuenta que ésta conoce mejor, al disponer de mayor información financiera, cuál va a ser la evolución futura del Euribor.

Como dice la SAP Cáceres, Sección Primera, de 19 de junio de 2012 : "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 absoluta 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 predisponer, 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."

De otro lado, la concurrencia del requisito relativo a causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato es evidente en nuestro caso porque si la cláusula techo-suelo se incluye en el contrato como mecanismo de protección de ambas partes ante la aleatoria variación de los tipos de interés aplicables durante la vigencia del contrato, solamente es la entidad financiera quien se beneficia de la misma, resultando imposible el ejercicio de la cobertura del riesgo de tipos de interés por parte del cliente ante la irrealidad de que se supere alguna vez el umbral del techo. Se priva al cliente, en definitiva, de ejercer la facultad de protección frente a incrementos del Euribor; mientras, la entidad está en condiciones de ejercerla con frecuencia.

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 del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, mientras que el prestatario no verá 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.

No es obstáculo a la conclusión anterior que la evolución de los tipos de interés de referencia en algún período de la década de los años ochenta y noventa del siglo anterior superara el umbral del diez por ciento porque el último párrafo del artículo 10-bis.1 de la Ley 26/1984 señala que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta, entre otros criterios, "las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato" y porque el tipo de referencia no era el Euribor, se aplicaba a capitales con otras cuantías y con unos plazos de amortización distintos.

**CUARTO.-** El efecto de la nulidad de la cláusula abusiva no puede ser la integración de la parte del contrato afectada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil mediante la atribución al Juez de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes como dispone el artículo 10-bis.2 de la Ley 26/1984 porque ha declarado su inaplicación la STJUE de 14 de junio de 2012 : "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del 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 complementaria [artículo de contenido idéntico al artículo 10-bis-2 ], que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva."

El efecto de la nulidad será el de la restitución de las cantidades abonadas por el actor mientras se aplicó la cláusula suelo, ahora declarada nula y, cuya cuantía, no controvertida, se ha fijado en la demanda en 935,88.- #.

No procede la restitución de los gastos y comisiones que por la novación modificativa se devengaron y que ascienden a 2.050,10.- # porque si se observa el contenido de la escritura de novación, las cláusulas modificadas del contrato originario comprendían también otras distintas a la cláusula suelo-techo que no guardaban relación con ésta.

**QUINTO.-** No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada al haberse estimado en parte la demanda y el recurso de apelación según establecen los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**SEXTO.-** Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso al haberse estimado parcialmente según establece la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

### III - PARTE DISPOSITIVA

**FALLAMOS:** Con estimación parcial del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de fecha veintiuno de febrero de dos mil doce , en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la mencionada resolución y, en su

lugar, que estimando en parte la demanda promovida por el Procurador Don Esteban López Minguela, en nombre y representación de Don Pedro Jesús , contra NCG BANCO, S.A.,

1.-) debemos declarar y declaramos la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación establecida en el contrato de préstamo hipotecario aportado como documento número 2 de la demanda y que establece una limitación al tipo de interés aplicable cuyo contenido literal es el siguiente: " *TERCERA-BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE* : 1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada periodo, que en ningún caso podrá exceder del DIEZ por ciento ni ser inferior al TRES por ciento, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período...";

2.-) debemos de condenar y condenamos a la entidad demandada a que restituya al actor la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (935,88.- #), más los intereses legales desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago;

3.-) no procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada;

4.-) se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales junto con un archivador que contiene los documentos acompañados a la demanda y a la contestación, 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 no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación al poder presentar su resolución interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Al tiempo de la interposición del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 # por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banesto, sin cuya acreditación no se tendrá por interpuesto.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, 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.-