

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Atala: 1^a/1.

AVENIDA GASTEIZ 18-2^a planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G. / IZO: 01.02.2-12/009304

A.p.ord L2 /

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de lo mercantil

nº 1 Vitoria / Gasteizko 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de (e) ko autoak

Recurrente/Errekurtsogilea:

Procurador / Prokuradorea:

Abogado / Abokatua:

Recurrido / Errekurritua:

Procurador / Prokuradorea:

Abogado / Abokatua:

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrados, ha dictado el día nueve de julio de dos mil trece

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 291/13

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 3, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº , ha sido promovido por la , representada por la Procuradora de los Tribunales , asistida del letrado , frente a la sentencia de 3 de abril de 2013. Es parte apelada , representado por el Procurador de los Tribunales , asistido del letrado . Actúa como ponente el Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria se dictó el tres de abril de 2013 sentencia en juicio ordinario nº 423/12 cuya parte dispositiva dice:

“Estimar la demanda presentada por el Procurador Sr. _____, en nombre y representación de _____, contra LIBERBANK S.A (CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA) y acordar:

1. Declarar la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la estipulación que establece en los contratos de préstamo de que se deriva la presente demanda (_____), el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un "suelo" establecido y cuyo contenido literal es: "TIPO MÍNIMO DE INTERES: 4,25 % NOMINAL ANUAL".

2. Condenar a LIBERBANK SA (CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA) a la devolución al prestatario de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula, en concreto: A) A D. _____ por el contrato de préstamo nº _____, la cantidad de 8.233,13 euros. B) A D. _____ por el contrato de préstamo nº _____, la cantidad de 6.466,93 euros. C) A D. _____ por el contrato de préstamo nº _____, la cantidad de 2.283,31 euros, así como las que se vayan devengando desde el mes de junio de 2.012 hasta que se dicte sentencia.

3. Condenar a la demandada al pago de los intereses legales calculados desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta el día del pago y

4. Condenar a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento”.

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de LIBERBANK S.A. (CAJA DE AHORROS DE EXTRAMADURA), alegando:

1.- Con carácter previo, que no se tuvo en cuenta la nota de prensa de 20 de marzo de 2013 en la que el gabinete de comunicación del Tribunal Supremo daba a conocer el sentido de la ulterior sentencia sobre cláusulas suelo.

2.- Infracción legal por no haberse tenido en cuenta la doctrina que concreta el pleno del Tribunal Supremo en su STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, pues entiende que la previsión de suelo no es condición general sino esencial del contrato, como es el precio.

3.- Infracción legal por considerar que el pacto de limitación inferior o superior del interés no es condición general, sino parte esencial del contrato suscrito, de modo que no puede verse afectada por el art. 8 y 9 LCGC

4.- Incorrecta valoración de la prueba por haber alcanzado el cliente completo conocimiento de la cláusula suscrita, su existencia y eficacia.

5.- Infracción de la doctrina de la reciprocidad y justo equilibrio de las prestaciones, que entiende no aplicable al caso discutido, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con interés variable limitado hacia arriba y abajo.

6.- Infracción de la jurisprudencia que considera que si una cláusula suelo no se aplica no hay que reintegrar el importe reclamado por efecto de su aplicación durante la vida del contrato, dispuesta por la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012.

TERCERO.- El recurso se tuvo por interpuesto, una vez subsanada la omisión de abono de tasa judicial y de constitución de depósito para recurrir, mediante resolución de 15 de mayo, dándose el correspondiente traslado a la otra parte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D. [redacted] escrito de oposición al recurso presentados de contrario, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 13 de junio se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

QUINTO.- En providencia de 17 de junio se acordó citar para deliberación, votación y fallo el día 2 de julio.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre los hechos probados

Del conjunto de medios probatorios practicados se desprende, sin que haya habido discrepancia de las partes al respecto:

1.- D. [redacted], vecino de Murgia (Álava), compró tres viviendas en construcción en Cáceres a [redacted] S.L., subrogándose en el préstamo con garantía hipotecaria que ésta había suscrito para propiciar su construcción el día 16 de marzo de 2007, en la que se había convenido un tipo de interés con referencia al Euribor más 0,75 %, con tipo máximo de interés del 12 % y mínimo del 2,65 %.

2.- El préstamo en el que se subrogó había sido otorgado por Caja Extremadura, en la actualidad Liberbank S.A., ampliando su importe en todos los casos respecto del precio pendiente de pago, en la notaría del Sr.

3.- El primer contrato de préstamo con garantía hipotecaria (nº), correspondiente a la finca 111 de la promoción del constructor, recogía tras la ampliación un saldo a pagar de 151.500 €, acordándose como remuneración el tipo de interés del Euribor más 0,65 %, con un tipo máximo del 12 % anual y un tipo mínimo de interés en amortización del 4,25 %.

4.- El segundo contrato de préstamo con garantía hipotecaria (nº), correspondiente a la finca 99 de la promoción del constructor, recogía tras la ampliación un saldo a pagar de 119.000 €, acordándose como remuneración el tipo de interés del Euribor más 0,65 %, con un tipo máximo del 12 % anual y un tipo mínimo de interés en amortización del 4,25 %.

5.- El tercer contrato de préstamo con garantía hipotecaria (nº), correspondiente a la finca 101 de la promoción del constructor, recogía tras la ampliación un saldo a pagar de 119.500 €, acordándose como remuneración el tipo de interés del Euribor más 0,65 %, con un tipo máximo del 12 % anual y un tipo mínimo de interés en amortización del 4,25 %.

6.- Este tercer contrato deja de surtir efecto entre las partes en julio de 2010 al enajenarse la vivienda a un tercero.

7.- Como consecuencia de la aplicación de la cláusula que dispone el tipo mínimo de interés en amortización en el 4,25 % anual en los tres contratos, D. abonó interés por encima del Euribor más 0,65 % por importe de 8.223,13 € en el caso del préstamo por la vivienda nº 111; 6.466,93 € en el caso del préstamo por la vivienda nº 99; y 2.283,31 € en el caso de la vivienda nº 101.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión previa

La parte recurrente reprocha la actitud tomada por el juzgado al resolver la sentencia sin tener en cuenta la nota de prensa de 14 de marzo de 2013 emitida por el Tribunal Supremo, e incorporada a autos (folios 626 y 627 del Tomo II de los autos). Se califica la posición del Juzgado de cómoda y se asegura “ninguneada” la prueba documental que se aportó tras ser reclamada por la otra parte. En definitiva, se discrepa del parecer de la instancia sobre la ponderación de la prueba documental disponible.

Si las consideraciones señaladas van en el sentido de discrepar sobre la valoración de la prueba, habrán de analizarse en cada uno de los motivos en que se sustenta el recurso. Pero no es posible, ni siquiera con carácter previo, pretender que ha habido alguna actuación censurable por tener o no en cuenta una nota de prensa del gabinete correspondiente del Tribunal Supremo, que como es notorio, no constituye fuente del derecho conforme al art. 1 del Código Civil (CCv), ya que la jurisprudencia a la que alude su apartado 6 se genera con resoluciones judiciales que de modo reiterado dicte nuestro máximo órgano jurisdiccional.

No se comparte que el contenido de una nota de prensa justifique el aplazamiento del juicio o la resolución de este litigio, de modo que sin perjuicio de ponderar las razones que expone la parte recurrente sobre la valoración de la prueba, no se acogen los reproches que se formulan con carácter preliminar.

TERCERO.- Sobre la STS de 9 de mayo de 2013 y su influencia en este litigio

La parte recurrente plantea, a continuación, que no se han tenido en cuenta los datos que avanzó el Tribunal Supremo el 20 marzo de 2013 mediante una nota de prensa que avanzaba el contenido del fallo que luego expresa la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, dictada por el pleno. Para resolver sobre tales consideraciones habrá que delimitar cual es el objeto del presente litigio, con el fin de situar correctamente los términos de la discrepancia.

La demanda que plantea la parte hoy apelada se sustenta en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), pues el actor pretende la nulidad por abusiva de la que denomina “cláusula suelo” conforme al art. 8 de tal norma, que se remite a la Ley 26/1994, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy refundida por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Ya tuvimos ocasión de aclarar este extremo en el AAP Álava, Secc. 1ª, de 7 de mayo de 2012, rec. 95/2012, al revocar la decisión del Juzgado Mercantil que se declaraba incompetente para conocer de la acción que ahora se ha estimado.

Debe insistirse sobre el particular, porque el demandante en la instancia planteaba la nulidad de una condición general, persiguiendo el efecto que dispone el art. 9 LCGC, que señala que la “*sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato...*”. Es decir, pretende que la condición sea declarada abusiva conforme al RDL 1/2007, extrañar del contrato el límite inferior del interés, y como consecuencia de la nulidad, reclama la devolución de cuanto ha percibido la entidad prestamista al exigir un interés que, en su opinión, no podía operar al 4,25 %, sino al Euribor más 0,65 %.

La aclaración es esencial porque la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, resuelve sobre una acción diferente, la de cesación que regulan los arts. 12.1 y 2 LCGC, es decir, la que “*se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz*”. Como se aprecia, el caso resuelto por el Tribunal Supremo en el asunto que cita la parte recurrente, pretende que la condición general se repute nula y la condena a los demandados a dejar de utilizarlas “*...en lo sucesivo*”. La decisión judicial despliega sus efectos hacia el futuro, porque el diseño legal de la acción de cesación así lo configura.

Las acciones ejercitadas son distintas en el caso resuelto por el Tribunal Supremo y el aquí planteado. Su régimen jurídico diverso, aunque contenido en la misma norma. Desde luego que los efectos podrían haber sido parejos, puesto que el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC permite que se acumule a la acción de cesación “*como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la*

de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”. Pero la demanda no plantea, vistos los términos de su solicitud que aparecen en el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, la acción accesoria de devolución de cantidad, como sucede en la acción de nulidad que ejerce el actor del procedimiento, parte apelada de este rollo de apelación.

Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el art. 16 LCGC, es decir asociaciones y ministerio fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (art. 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto “*en lo sucesivo*” (art. 12.2 LCGC), mientras que con el art. 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato.

Finalmente es diferente la eficacia del fallo, *ex nunc* o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro (“*en lo sucesivo*” dice el art. 12.2 LCGC), mientras que será *ex tunc* o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo. Así lo aclara en las precisiones sobre la irretroactividad de su fallo que hace la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, en cuyo Fundamento Jurídico 17, apartado 2.4, párrafos 293 y ss, analiza “*la irretroactividad de la sentencia*”, y comienza diciendo “*en el caso enjuiciado*”. Se refiere, por lo tanto, al fallo que contiene, no a otros supuestos. Además el apartado k del párrafo 293 dice “*k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves...*”, que además de aludir a esa sentencia, y no a otros casos, impide su aplicación al de autos, en el que poco riesgo genera a una entidad bancaria o a la economía nacional el modesto importe reclamado. En el párrafo 294 dice la sentencia del Tribunal Supremo “*Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia...*”, lo que determina que el punto 10 del fallo disponga “*Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia...*”. Cuando se predica “*presente*” del sustantivo “*sentencia*” sólo puede concluirse, como ya ha anticipado el Tribunal Supremo durante todo el fundamento, que la declaración de falta de retroactividad se refiere al fallo, pues el art. 12.2 LCGC señala que la acción de cesación supone que las condiciones nulas no podrán usarse “*en lo sucesivo*”.

En definitiva, acciones contempladas en la misma norma, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la de cesación que analizó el Tribunal Supremo en la sentencia tantas veces mencionada, tiene una legitimación activa restringida, es imprescriptible y surte efectos sólo hacia el futuro, pues su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una previsión contractual. Nada de eso acontece en el caso aquí analizado, en el que se ejercita una acción distinta, por un legitimado diverso, en un plazo diferente y con un resultado ajeno al que señalaba la tantas veces citada STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012. Lo demás, que atañe a la posibilidad de matizar en el caso concreto las consecuencias de la nulidad, procede analizarlo, si procediera, al abordar esa cuestión.

Todo ello determina la desestimación del reproche de que el juzgado no tuviera en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues lo hace en la medida que es aplicable.

CUARTO.- Sobre la consideración de condición general del pacto de limitación del interés variable

Argumenta el demandante extensamente, de nuevo con apoyo en la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, y citando también la STS de 18 de junio de 2012, rec. 46/2010, que el pacto de limitación inferior o superior del interés no es condición general, sino parte esencial del contrato suscrito, de modo que no puede verse afectada de la tacha de abusividad que previene el art. 8 y 9 LCGC.

El argumento se sostiene en que este tipo de cláusulas deben estar incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, incorporándose al contrato como parte del precio. Las previsiones de un tipo máximo y mínimo de interés fijan según la parte apelante, el marco de fluctuación del precio, como ocurre cuando se opta por un interés variable que lógicamente está sujeto a las oscilaciones y riesgos del mercado libre. De todo ello concluye la recurrente que las cláusulas no son de carácter accesorio y no constituyen condición general de la contratación, pues son un factor de determinación del precio del contrato, decisivo a la hora de decantar la voluntad de quien contrata, argumentos que además sostiene en el informe del Banco de España sobre este tipo de cláusulas.

Toda la argumentación pretende negar, atendiendo a la función que cumple la condición general, la aplicación del art. 1 LCGC, que afirma *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*. En el caso que se analiza, el préstamo con garantía hipotecaria que otorga Caja Extremadura, hoy Liberbank, contiene una previsión predispuesta, que no ha redactado el cliente sino que se reitera en una pluralidad de contratos. En autos se aportan hasta tres, y no se niega por la recurrente su aplicación en otros. Ya advierte la norma que es irrelevante su autoría, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias, porque lo esencial es que se han predispuesto y operan en una pluralidad de contratos, hechos que fueron reconocidos por la demanda al contestar y admitir que usa este tipo cláusulas que limitan la fluctuación del interés variable hacia arriba y abajo.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el precepto citado, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o consumidor; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos.

En el caso que se analiza en este juicio concurren tales características. La cláusula cuya nulidad se solicita se incorpora en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que sirven para adquirir los inmuebles sitios en Cáceres. Las cláusulas están predispuestas porque su redacción es semejante en todos los contratos aportados. Se ha impuesto su inclusión para la concesión del préstamo, en tanto que la entidad bancaria no ha acreditado que ofreciera el mismo u otro tipo de interés para remunerar el préstamo. Finalmente, se aplica a una

generalidad de contratos, como evidencia que afecte a todos los aportados y no se haya alegado lo contrario por la entidad apelante.

Por otro lado, cuanta doctrina se recoge en el recurso sobre la naturaleza esencial de la cláusula, por oposición a la consideración de condición general de la contratación, no puede ser acogida porque no es incompatible que ésta opere en un elemento esencial del contrato. Así lo han declarado la STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08-, la STS 4 de noviembre de 2010, rec. 982/2007 (sobre el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo), y en la reciente STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, esgrimida por la parte recurrente, que concluye al respecto en el parágrafo 144 del FJ 7º: *“El hecho de que [las condiciones generales de contratación] se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo”*.

Por lo tanto, que la cláusula discutida, conocida como “suelo” cumpla como función determinar un elemento esencial del contrato, la remuneración del préstamo mediante un interés variable que se limita con un mínimo y un máximo, no le priva de la consideración de condición general de la contratación en el sentido que dispone la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Por ello el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Sobre el conocimiento del cliente

Plantea también la recurrente que la parte apelada conoció la realidad de la cláusula porque tras subrogarse en la hipoteca que había tomado la constructora, luego reclama su novación al prestamista, lo que evidencia que sabía de la controvertida cláusula. Se asegura también que en este caso no se da la situación de *“falta de transparencia”* a que alude la tantas veces citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012.

El recurrente se refiere por ello al control de inclusión de la cláusula controvertida, distinto del control de contenido que pueda determinar su abusividad. En cuanto al primero de esos controles, es preciso que se supere el doble filtro al que aluden los parágrafos 209 y ss de tal sentencia. Es decir, además de atender la exigencia de una oferta vinculante que dispone la OM de 5 de junio de 1994, que se asegure su comprensión, claridad y sencillez en el sentido que señala el art. 80.1 de la ley protectora de los consumidores, la transparencia documental (210) que *“permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”*.

El documento aportado por la recurrente, folio 619 del Tomo II de los autos, en el que expresa el tipo de interés, cumple el primer filtro. Las diferencias se centran en el segundo, que la entidad bancaria considera concurrente porque asegura hubo negociación específica de esta materia. La prueba al respecto es siempre compleja, pero a la vista del art. 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que establece la carga a quien tiene mayor disponibilidad y facilidad probatoria, corresponde a la entidad financiera, en cuyas oficinas se negociaron las condiciones, que pudo aportar la documentación ofrecida al cliente, las eventuales ofertas alternativas de interés fijo o variable sin límites o con una limitación diferente, y cualquier otro dato que permitiera constatar que efectivamente hubo una

negociación específica. No es suficiente, como se argumenta, con que el cliente supiera que tenía que subrogarse en la hipoteca del constructor, pues no intervino ni en la negociación ni en la fijación de las condiciones que aquél dispuso.

Insiste la apelante que la escritura de novación posterior evidencia que hubo tal negociación y conocimiento, puesto que se modifica el diferencial que se había pactado con el constructor, en cuyo préstamo se subroga. Ciertamente la novación se produjo, afectó al diferencial añadido al índice de referencia, que se disminuye del 0,75 % al 0,65 %, y se modifica el suelo, resultando inexplicable que en perjuicio del cliente se eleve del 2,65 % al 4,25 %. Pero además se modificó el importe del préstamo, que se amplía, lo que constituyó el elemento fundamental de negociación según el cliente. Parece realmente que fue así puesto que los cambios son idénticos en los tres préstamos pero diferentes las cuantías, de modo que puede considerarse acreditado que efectivamente el punto esencial de la negociación fue la ampliación del importe de la cuantía prestada, que ya no era sólo la pendiente de abono por la constructora-vendedora, en la que se subrogaba el adquirente, sino la nuevamente dispuesta.

En ese contexto, que variara el diferencial o el suelo puede considerarse por el consumidor como consecuencia necesaria de su preocupación esencial, que es obtener la ampliación del importe del préstamo, de modo que ha de aplicarse la doctrina que, entre otras muchas, contiene la STJUE de 21 de febrero de 2013, C-472/11 caso Banif, pues al margen de que niegue la otra parte la recepción de la oferta vinculante, no facilita una perfecta comprensión de cómo operan los topes. En el caso de la escritura es complejo constatar la existencia de una previsión contractual insertada entre tan abundantes previsiones contractuales como la duración del contrato, amortización anticipada, tipo de interés ordinario aplicable, comisión por amortización anticipada, comisión por cambio de entidad acreedora, comisión por modificación de las condiciones del préstamo o su garantía, situación posesoria, arrendaticia y de gastos de comunidad, referencia catastral, edificio del que forma parte, régimen de propiedad horizontal, solicitud fiscal, presentación al registro de la propiedad o cláusula de protección de datos. Lo señala el parágrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, cuando expresa que estas previsiones *“No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”*.

Tampoco se aprecia, de todo lo expuesto, que el cliente realmente percibiera que ésta era una cláusula que define el objeto principal del contrato *“...que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”* (parágrafo 213 de la sentencia citada).

Aunque la sentencia apelada no resuelve teniendo en cuenta tal doctrina, sino la que se refiere al carácter abusivo de las condiciones en que se pacta la cláusula, no impide apreciar que los criterios que apunta esa resolución concurren en el caso de autos, de modo que podría sustentar la pretensión de nulidad por falta de transparencia, que el demandante planteó argumentando la falta de información facilitada.

SEXTO.- Sobre el control del carácter abusivo del suelo pactado

La médula de la declaración de nulidad que contiene la sentencia es la falta de reciprocidad y proporcionalidad que atenta a la buena fe porque, aunque sea reducir al mínimo la amplia explicación de la motivada sentencia apelada, se considera concurre falta de reciprocidad y justo equilibrio en las prestaciones, cuando se dispone como límite mínimo al interés variable una “cláusula suelo” muy elevada (4,25 %), con grandes probabilidades de operar, emparejándola con un límite máximo también muy alto (12 %), “cláusula techo”, de muy improbable aplicación.

La sentencia recurrida aprecia nulidad por entender, conforme al art. 8.2 LCGC, que la cláusula merece la consideración de abusiva según la norma que protege a consumidores y usuarios, porque la diferencia entre techo y suelo “...*produce un desequilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, pues por una parte mientras que la cláusula suelo se ha activado en numerosas ocasiones durante la vida del préstamo, no así la cláusula techo...*” (FJ 3º).

La parte recurrente argumenta contra tal consideración judicial que no se ha vulnerado el art. 82 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Su apartado 4 consideraba abusivas las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90 “*determinen la falta de reciprocidad en el contrato*”. Recuerda la apelante los requisitos precisos conforme al art. 80.1 TRLGDCU, es decir, que no se haya negociado, que sea contraria a la buena fe y que cause un desequilibrio importante, y concluye que todos los requisitos se atienden.

Partiremos de la misma premisa que sostiene la sentencia impugnada y que la apelante también admite: los pactos que fijan límites superior e inferior al interés variable son admisibles y no contrarían en sí mismos la buena fe ni vulneran los límites que establece el art. 1255 CCv. Resulta baldía la insistencia al respecto de la parte recurrente, pues la sentencia recurrida admite la posibilidad del pacto y nada reprocha al respecto.

Otra cuestión a aclarar deriva de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que en su párrafo 257 dispone que “*No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-*”, añadiendo en el 258 que podría ser lícita la existencia de un suelo sin techo. Como se dijo en el anterior fundamento, además del control de inclusión de la cláusula, es posible un control de su contenido, con el fin de ponderar si es o no abusiva.

Este segundo tipo de control de contenido, distinto al de inclusión que analizó la señalada sentencia del Tribunal Supremo, está previsto en la propia normativa que permitió esta cláusula, contenida en la ya citada OM de 5 de junio de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios (BOE de 11 de mayo de 1994), donde se establece que “*...cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja...*”, como es el caso, el Notario autorizante tiene la obligación de advertirlo a las partes y de dejar expresa constancia en la escritura (art. 7.2.c), advertencia y constancia que no aparecen en las de autos.

Por otro lado, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, autoriza a los estados miembros a no adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato. España

no ha usado tal opción, como recordó la STJUE de 3 de junio 2010 (C-484/08), caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que declara nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad. La misma directiva incluye entre sus considerandos la obligación de los profesionales que predisponen cláusulas generales la de *“cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”*. Tal recordatorio es preciso porque la citada sentencia autoriza al juez nacional, en particular al español (parágrafo 41), a sopesar la desproporción de las cláusulas del contrato suscrito con un consumidor, pues dice su parágrafo 42 *“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”*.

Finalmente, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo permite realizar un control de equivalencia de las prestaciones en sus STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 de diciembre de 2010, rec. 1074/2007, que declararon nulas las cláusulas “de redondeo”. La última de ellas expresa al respecto en su Fundamento Jurídico Quinto que *“la Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2.010 , núm. 663, declaró abusivas para los consumidores las “fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto”, con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

En definitiva, atendiendo a las exigencias de la directiva señalada, a nuestro propio ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y considerando que la cláusula litigiosa se inserta en un contrato entre consumidor y un profesional, sin que conste negociada individualmente, refiriéndose al objeto del principal de dicho contrato, como es el interés a abonar por el préstamo recibido, es posible el control del eventual carácter abusivo de cláusulas limitativas del tipo de interés como la que se analizan en el caso de autos.

SÉPTIMO.- Sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo

Como se dijo, el juzgado considera en la sentencia recurrida que hubo desproporción, falta de reciprocidad y vulneración del justo equilibrio de las prestaciones que justifica que, por vulnerar la buena fe, se declare el carácter abusivo de la cláusula de limitación inferior, en relación a la superior, de las oscilaciones del tipo de interés variable más 0,65 % que se convino en el contrato.

En cuanto al desequilibrio, argumenta la entidad recurrente que se refiere a una “reciprocidad obligacional”, propia de los contratos bilaterales en la que la obligación de una de las partes se corresponde con la obligación del otro contratante. Afirma que el contrato de préstamo es real y unilateral y que sólo el prestatario asume obligaciones: devolver el dinero y pagar las obligaciones. Si el prestatario acepta el precio, dice el recurrente que admite la mutabilidad al alza y baja con los límites estipulados, de manera que no padece el equilibrio al

que alude el art. 82.1 del actual RDL 1/2007. Entiende la apelante que aceptado un precio la mayor o menor onerosidad no supone desequilibrio de las prestaciones ni de la recíproca obligación de la otra parte. Al tiempo discrepa de la consideración de la sentencia sobre la “irrealizabilidad” de un interés superior al 12 %, criticando que se asegure que la misma es notoria.

La premisa misma en que descansa el argumento es discutible, pues doctrina y jurisprudencia no son tan contundentes sobre la naturaleza real y unilateral del contrato de préstamo. Ésta misma Audiencia lo ha recordado en SAP Álava, Secc. 1ª de 25 de marzo de 2010, rec. 621/09, o 13 de julio de 2011, rec. 191/2011, igual que la STS de 22 de diciembre de 1997, RJ 1997\9113, considerando que en ocasiones el contrato de préstamo puede tener naturaleza consensual y bilateral. De hecho en este caso a la subrogación sucedió una novación sobre el importe del préstamo, aunque para centrar la cuestión sin más meandros, se admitirá que en la clase de contrato que analizamos, en el que ha sido entregada la totalidad del importe al suscribirse bien por el constructor, bien por el comprador adquirente, nos encontramos ante un contrato que opera como si fuera de naturaleza real y unilateral.

Desde tal premisa, la sentencia recurrida acude al criterio que dispone el art. 82.3 TRLCGU para apreciar el carácter abusivo de la cláusula y atiende a la desproporción y falta de reciprocidad en la fijación del precio para concluir que la controvertida cláusula merece tal calificación. La determinación de la contraprestación a la entrega del capital consiste en la fijación del tipo de interés que el contrato denomina “ordinario”, es decir, el remuneratorio a que alude el art. 1.755 CCv.

Pues bien nos encontramos ante la aplicación de la previsión general del art. 82 de la ley protectora de los consumidores, a la que se remite el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación. En el contrato, el prestamista puede ofrecer un interés fijo o variable, siendo el primero habitualmente superior. Cuando las partes optan por el variable, suelen incorporar fórmulas como la de autos, es decir, acuden a un tipo de referencia (Euribor, IRPH o cualquier otro) y añaden un porcentaje. Para limitar la fluctuación pueden señalar límites superior e inferior, pacto lícito conforme al art. 1.255 CCv. Las partes de este modo limitan la variabilidad del tipo de interés, de modo que resulta beneficiado hasta cierto límite el banco, cuando se incrementa, y otro tanto acontece para el cliente, cuando disminuye.

La sentencia apelada considera que el modo en que se diseñaron los topes vulnera el justo equilibrio de las prestaciones. El art. 82.4 d) TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que “*resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato*”. Y la ejecución del contrato se ve muy afectada cuando operan las cláusulas discutidas. En efecto, al establecer un marco de retribución de intereses remuneratorio con cláusulas “suelo” y “techo” se benefician o ven perjudicados tanto el cliente, que tiene que pagar menor importe de interés si opera el máximo, como el banco, que se garantiza unos intereses superiores si funciona el suelo.

Para desmentir que la sentencia se base en hechos notorios no probados como el carácter irreal del techo del 12 %, que considera que era improbable que se alcanzara, sólo hay que atender a la prueba y hechos que concurrían al signarse el contrato el 16 marzo de 2007. En esa fecha el Euribor era del 4,1 %, y las partes pactaron que el mismo fuera interés de referencia más 0,65 %. Fijaron el suelo en 4,25 % y el techo en el 12 %. Esto supone que al

firmarse el préstamo era mucho más probable que operara el límite inferior, en tanto que el interés variable pactado era Euribor más 0,65 %, que el techo, muy alejado del índice de referencia. La distancia entre el suelo, 4,25 % e interés fijado al inicio del contrato, 4,85 %, era de 0,60 %. La diferencia entre el techo, 12 % e interés fijado al inicio del contrato, 4,85 %, era de 7,15 %. No cabe duda que al inicio el contrato la desproporción era notoria, pues con una fluctuación del 0,65 % hacia abajo operaba el límite que perjudica al cliente, pero era preciso que fluctuara nada menos que el 7,15 % para que perjudicara al prestamista.

Hay prueba de que los tipos de interés durante toda la duración del contrato fluctuaron poco y con tendencia descendente. Se aportó por la actora y no se ha impugnado (folio 592 del Tomo II de los autos), aunque basta cualquier consulta en la web para constatar lo que el Banco de España anuncia. Desde entonces el índice nunca ha variado más del 5 % y con pequeñas fluctuaciones ha ido disminuyendo. La posibilidad de que al signarse el contrato la variación fuera superior al 7 %, y además al alza, era francamente improbable, de modo que no le falta razón a la sentencia recurrida. En el caso a que se refiere este litigio, pese a pactarse un interés variable de Euribor más 0,65 %, el contrato ha operado prácticamente durante toda su duración como un contrato a interés fijo del 4,25 %.

A esta situación ha aludido el ATS de 3 junio 2013, que aclara la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que dice en su párrafo 17 que *“La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”*. La propia sentencia ya indicaba en su párrafo 224 que *“Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”*.

Todo lo dicho permite apreciar desproporción en la ejecución del contrato, vulnerando las previsiones del art. 82.4 TRLGDCU, que señala que *“no obstante lo dispuesto en los apartados precedentes”* son *“en todo caso abusivas”* porque *“c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato”* y *“e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato”*. Es decir, una norma no negociada individualmente y no consentida expresamente, contraria a la buena fe y adoptada en perjuicio del consumidor, que causa un desequilibrio importante en derechos y obligaciones, que son los requisitos que cristaliza el citado art. 82.1 para considerar, en general, una cláusula como abusiva.

Las previsiones de la cláusula, fijando un suelo muy alto en comparación con el índice que se tomó como referencia, es decir, muy cercano al mismo, y un techo desproporcionadamente alejado, y el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que remite al 82.3 TRLGDCU, permiten concluir que la cláusula controvertida merece, en atención al art. 84.2.d) de esta última ley, la consideración de abusiva.

Tal consideración lleva a la desestimación del respectivo motivo del recurso, pues además de falta de transparencia la cláusula pactada, en los términos en que se hizo, merece la calificación de abusiva que concluye con acierto la sentencia recurrida.

OCTAVO.- Sobre la devolución de cantidad

Finalmente argumenta el banco apelante que la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 impide acordar la devolución del importe puesto que la jurisprudencia que sienta, al ser la resolución dictada por el pleno, es de aplicación a este caso. Deben reiterarse, sin embargo, las consideraciones hechas en el fundamento jurídico tercero y cuarto de esta misma sentencia.

Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, es que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia *ex nunc*, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia *ex tunc*. El propio FJ 7º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otros casos.

El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo. En consecuencia, como señala la sentencia recurrida, la nulidad de la cláusula que suponía un límite a que se aplicara el interés variable pactado acarrea la obligación de restitución por el banco del importe indebidamente cobrado al aplicarla.

No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 no concurren, en tanto que no se aprecia cómo puedan este caso concurrir el “*riesgo de trastornos graves*” a que alude, igual que hizo la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir al cliente unos 17.000 €.

Finalmente, es cierto que la STS de 13 de marzo de 2012, rec. 675/2009, permite matizar la obligación restitutoria en caso de nulidad, pues dice “*la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 541/2008, de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes - sentencia 109/2009, de 26 de febrero -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida*”.

Pues bien, en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CCv, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad.

NOVENO.- Depósito para recurrir

A la vista de la DA 15ª.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede decretar la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir, al que se dará el destino legal.

DÉCIMO.- Costas del recurso

Conforme al art. 398.1 LEC procede condenar al apelante al abono de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales _____, en nombre y representación de LIBERBANK S.A. (CAJA DE AHORROS DE EXTRAMADURA), frente a la sentencia de 3 de abril de 2013 dictada en los autos de procedimiento ordinario nº _____ por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz.

2.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir, que se ingresará en la cuenta de recursos desestimados.

3.- CONDENAR a la parte apelante al bono de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACION: Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo (art. 479 LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros por cada uno de ellos, sin cuyo requisito no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0008.0000 seguido de la clave 06 (casación) y nº del procedimiento, y / o 0008.0000 seguido de la clave 04 (ext. por infracción procesal) y nº de procedimiento, consignaciones que deberán ser acreditadas al interponer el/los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria Judicial doy fe.