

18/3/2013

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA**

**SECCIÓN DECIMONOVENA  
ROLLO Nº 159/2012- D  
Procedimiento ordinario Nº 2385/2010  
Juzgado Primera Instancia 6 Sabadell (ant.CI-8)**

**S E N T E N C I A Nº 99/13**

Ilmos./as Srs./as Magistrados/as  
D. RAMON FONCILLAS SOPENA  
D<sup>a</sup> ASUNCIÓN CLARET CASTANY  
D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ

En la ciudad de Barcelona, a trece de marzo de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, seguidos por el Juzgado Primera Instancia 6 Sabadell (ant.CI-8), a instancia de D<sup>a</sup> y D. contra BANCO SABADELL; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante D<sup>a</sup> y D. contra la sentencia dictada en los mismos el día 6 de octubre de 2013 , por la Sra. Magistrada del expresado Juzgado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: " Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Don Francesc Canalías Gómez en nombre y representación de D<sup>a</sup>.

Y Don

, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones frente a ella deducidas en el presente procedimiento. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D<sup>a</sup> y D.

mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 27 de febrero de 2013.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Asunción Claret Castany.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada en instancia desestima la petición de nulidad por abusiva de la cláusula contenida en la escritura de préstamo hipotecario por la que se establece un tipo mínimo y máximo de referencia, es decir, no una cláusula limitativa del tipo de interés variable, fijada en un 4% de tipo mínimo de interés y un 12% nominal como tipo máximo de interés, y la subsiguiente devolución de cantidad. Disconforme la parte actora interpone recurso de apelación insistiendo en la nulidad de la cláusula en cuestión toda vez que se introdujo por primera vez en la oferta vinculante, contraviniendo la orden de 5-05-1994 al entregarse a los actores el mismo día de la formalización de la protocolización del préstamo, sin haberse previamente negociado por las partes, y además perjudican claramente a los recurrentes por falta de reciprocidad.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar en el examen de la cuestión controvertida son de destacar los hechos que siguen:

1º) Fruto de las negociaciones habidas entre los actores Sres.

y el BANCO SABADELL se efectuó por el Banco una propuesta con fecha 20-08-2001 en el que se recogían las conclusiones negociadas en torno al interés a aplicar al préstamo hipotecario solicitado estableciéndose para el periodo inicial un Interés Nominal (TAE 5,42%), del 4,95% y el resto de los años, Interés Nominal 5,25%, e "Índice de Referencia Euribor Oficial más un diferencial de +0,75 puntos" documento nº 1 de la demanda; 2º) Que el mismo día de la firma de la escritura de préstamo hipotecario (26-09-2011) se envió la "Oferta Vinculante de Hipoteca Personal" suscrita por los actores, en lo que se estableció al pie de la página dos la condición siguiente: "(5) Cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 12% ni inferior al 4%".

Dicha cláusula, cuya nulidad se postula, establece así un límite de los tipos de intereses estipulados en el contrato, cláusula techo-suelo, que ajustaba en un 12% y 4% respectivamente, con independencia del Índice de Referencia más el diferencial establecido para el tipo de intereses variable.

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 del Comercio EDL 1885/1, como 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 otorgada a tal efecto.

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.

La SAP de Cáceres de 24 de abril de 2012 aboga con claridad y sostiene que "no se trata como pretende la recurrente de determinar si concurre al reciprocidad obligacional en el sentido de que solo 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 la 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 cláusula 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 le ha 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 EDL 1998/43305, 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, entendiéndose 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 EDL 1984/8937, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Dicha remisión debe entenderse referida a la vigente Ley de Consumidores y Usuario, cuyo texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL2007/205571, cuyo artículo 82.1 establece que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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 alas cláusulas suelo -

techo o Condición General de la Contratación introducidas por la 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".

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.

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 ese punto, la entidad bancaria 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.

Por todo lo expuesto, debe estimarse el recurso de apelación y declarar la nulidad de la cláusula suelo-techo, cláusula tercera bis último párrafo de la escritura de préstamo hipotecario cuyo tenor es el que sigue: "Las partes convienen expresamente que cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 12% ni inferior al 4% (\*)", al resultar ser contraria a la reciprocidad de intereses con evidente desproporción para el consumidor en clara contradicción con la buena fe negocial, y en consecuencia condenar a la demandada a devolver a los actores la suma de 4.398,46 euros indebidamente percibidos e intereses legales desde la última reclamación extrajudicial cursada el 18 de mayo de 2010 y reiterada por mail el 25-05-2010, en aplicación de los arts. 1100 y 1108 CCivil.

**TERCERO.-** La estimación de la demanda inicial y del presente recurso de apelación nos conduce a imponer las costas de la instancia a la demandada y no hacer expresa declaración de las causadas en la presente alzada -art. 394.1 y 398.2 de la LEC-.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

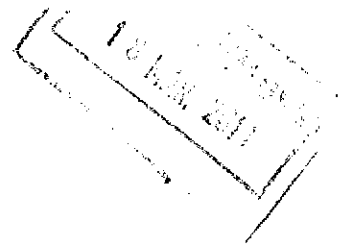
Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>  
y D. contra la Sentencia dictada en  
fecha 6 de octubre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos REVOCAR la misma y con estimación íntegra de la demanda declaramos la nulidad por abusiva de la cláusula tercera bis in fine que dice: "Las partes convienen expresamente que cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 12% ni inferior al 4% (\*)", condenando al BANCO SABADELL a estar y pasar por dicha declaración así como a devolver a los actores la suma de 4.398,46 euros e intereses legales desde la reclamación extrajudicial cursada el 16 de mayo de 2010; se imponen las costas de la instancia al BANCO SABADELL y sin hacer expresa declaración de las causadas en la presente alzada.



Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la cual se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** En Barcelona, a trece de marzo de dos mil trece, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.