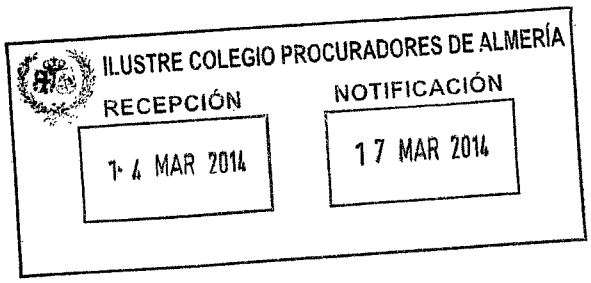
SENTENCIA Nº 55

ILTMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON
MAGISTRADOS
D. RAFAEL GARCIA LARAÑA
DÑA. ANA DE PEDRO PUERTAS



En la ciudad de Almería a 12 de marzo de 2014 .

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, **Rollo nº 89 de 20**13 los autos procedentes del Juzgado Mercantil de Almería seguidos con el nº 133 de 2012 sobre nulidad contractual entre partes, de una como actora

y de otra como demandada **CAJAS RURALES REUNIDAS S.C.C**, cuyas demás circunstancias constan en la sentencia apelada, la primera representada por la Procuradora Dña. María del Mar Gazquez Alcoba y dirigida por el Letrado D. José Ríos Almela y la segunda representada por el Procurador D. Ángel Vizcaíno Martínez y dirigida por el Letrado D. José M. León Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado Mercantil de Almería en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2012 cuyo Fallo dispone: "Que **desestimando íntegramente la demanda**, presentada por Dª MARIA DEL MAR GÁZQUEZ ALCOBA, en nombre y representación de

contra CAJA RURAL INTERMEDITERRÁNEA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (CAJAMAR),

1.- Absuelvo a la demandada de las pretensiones efectuadas en su contra.

2.- Con imposición de costas a la actora...".

TERCERO.- Contra la referida sentencia, la representación de los demandantes

presentó escrito interponiendo recurso de apelación pidiendo se declare la nulidad de la cláusula suelo de los contratos firmados con los recurrentes.

Del escrito de recurso se dio el preceptivo traslado a la parte apelada, que se opuso a la apelación y, seguidamente, fueron elevadas las actuaciones a esta Sala.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, se formó el rollo de sala, se turnó de ponencia y personado el apelante, se señaló para el día 25 de febrero de 2014, quedando los autos vistos y conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se solicitaba por los demandantes, se declarase la nulidad de la "cláusula suelo" que se contiene en las escrituras de préstamo/créditos hipotecarios suscritas entre los litigantes y, en consecuencia, se condene a la demandada eliminar dichas cláusulas de aquellos contratos y a reintegrarles las cantidades que ha pagado en exceso por aplicación de dicha cláusula, así como al pago de las costas del procedimiento. Se alegaba en esencia, que dicha limitación a la baja de las revisiones pactadas del tipo de interés es desequilibrada, en tanto que sólo beneficia a la entidad financiera; que la cláusula impugnada jamás fue objeto de negociación y aparece camuflada entre los términos de las escrituras. La entidad demandada se opuso alegando que los préstamos/créditos hipotecarios objeto de la presente litis, vinieron precedidos de unas ofertas vinculantes que definían claramente un límite máximo y mínimo, que se negoció personalmente con los demandantes, y que la oferta vinculante se entregaron y, en su caso se firmaron, por los demandantes

La sentencia de instancia desestimó en su integridad la demanda, contra cuyo pronunciamiento se alzan parte de los demandantes, alegando en síntesis que la sentencia de primera instancia ha infringido las normas sobre carga de la prueba; ha vulnerado la normativa tuitiva de consumidores y de condiciones generales de contratación y ha infringido la norma sobre imposición de costas.

SEGUNDO.- Este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, comparte en su integridad los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida, que han llevado a la desestimación de la demanda.

Con carácter general quedemos resaltar que la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea

aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis. Esta Ley integra la normativa aplicable a esta contratación, y ha de observarse y cumplirse por las entidades bancarias en el momento de redactar el contenido obligacional de los contratos, desde el momento en que, ni la específica legislación bancaria, ni las normas administrativas de desarrollo que establecen una normativa sobre la información, documentación y protección de los consumidores en la contratación de productos, se inmiscuyen en el contenido obligacional de las concretas cláusula contractuales, ni mucho menos podrían hacerlo pues supondría desconocer el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 Código Civil). Lo que la mencionada ley pretende proteger son los legítimos intereses de los clientes a través de la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, garantizando su adecuada información y protección a la vez que promueven una mayor competencia entre entidades. Pero ello no puede evitar que en un régimen de libre competencia en el que concurren un gran número de entidades de crédito se generen ofertas que en su contenido particularizado contengan cláusulas abusivas, las cuales siempre habrán de ser revisadas a la luz de la normativa de las Condiciones Generales de la Contratación.

La existencia de pactos de limitación de intereses variables (las cláusulas suelo y techo) en la contratación de préstamos hipotecarios, está prevista y regulada en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, cláusula 3ª bis, apartado 3. Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato (art. 82.3 LCU). También ha de tenerse en cuenta cuando se trata de valorar si estos pactos son abusivos, que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el iter negocial de la contratación, garantizando la transparencia y regulando los trámites necesarios para asegurar que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente con el adecuado conocimiento y con total información. En consecuencia, podemos decir que resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto

Dicho esto, lo primero que hemos de analizar, es si los pactos de limitación

de intereses variables constituyen una condición general de la contratación predispuesta e impuesta por la entidad crediticia, o son elementos esenciales del contrato de préstamo. Consideramos que estas cláusulas constituyen los términos financieros de la operación de préstamo, están incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario, de conformidad con la OM de 5 de mayo de 1994, y una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo. En definitiva, estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. Fijan, por tanto, el marco de fluctuación del precio, en un contrato en el que el prestatario ha optado libre y voluntariamente por un interés variable, y por tanto, sujeto a las oscilaciones y riesgos de un mercado libre. Precisamente esos riesgos son los que se tratan de paliar o cubrir con los pactos de limitación de los intereses variables. Así pues, estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo.

Así pues, al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés y, en el caso que nos ocupa, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo, su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor que puede contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado, y tras ello decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de

crédito le ha presentado. Oferta cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula los términos en que deben redactarse las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés. Orden Ministerial que además regula todo el camino negocial de la contratación, que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo con las condiciones de identificación del préstamo, tipo de interés, plazos de revisión del tipo, gastos, importe de las cuotas, etc. Seguidamente, y una vez tasado el inmueble, la entidad de crédito tiene que hacer una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el Anexo II de la Orden (capital, amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, limites a la variación del tipo de interés, comisiones, tabla de pagos y TAE, gastos, intereses de demora) por un plazo mínimo de diez días. El cliente estudia las condiciones esenciales de la oferta y decide si la acepta o la rechaza. Si la acepta, se redacta la escritura pública, que puede ser examinada por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento. Por ultimo, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja. Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que "resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho". Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo. Sólo una vez aceptada la oferta vinculante, que incluye el pacto de limitación de la variación del tipo de interés, se incorpora la estipulación limitativa al clausulado del contrato. Es decir, que como consecuencia de la preparación contractual reguiada por la normativa contenida en la OM que garantiza la información y la formación libre de la voluntad del prestatario, una vez que acepta la oferta vinculante, los pactos de limitación de intereses pasan a formar parte del contrato.

No nos hallamos, en definitiva, ante unas condiciones generales incorporadas al contrato por el predisponente sin información expresa al adherente acerca de su existencia, lo que produciría su nulidad de acuerdo con el art. 8 de la LCGC en relación con el art. 82 de la LCU. Por el contrario, se trata de unos pactos que constituyen condiciones esenciales del contrato, que sólo forman parte del contrato tras la información previa al prestatario, su examen, estudio, contraste con las ofertas de otras entidades de crédito, libre formación de voluntad y libre aceptación del mismo, en un iternegocial preparatorio regulado por la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. *(Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011).*

En relación a esto último y en relación a los términos del recurso, en autos consta acreditado documentalmente, la solicitud de préstamo por los distintos recurrentes y la oferta vinculante; en definitiva consta acreditado y así se recoge en la sentencia de primera instancia la emisión de la oferta vinculante (con independencia que luego fueran firmadas o no por los interesados), solicitud de préstamo firmada y minuta notarial en su caso.

Se dice en el recurso que la sentencia recurrida ha infringido las normas sobre carga de la prueba, sin embargo entendemos que ello no ha sido así, puesto que el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo puede ser aducido como infringido cuando se impute al Juez haber alterado indebidamente la carga de la prueba u onus probandi, invirtiendo la que a cada parte corresponde, pero nunca se puede estimar vulnerado tal precepto cuando el Juez aprecie la prueba existente en las actuaciones (SSTS de 25 de mayo de 1983 , 7 y 20 de octubre de 1987 y 31 de diciembre de 1987) ya que sólo entra en juego tal precepto en los supuestos de inexistencia probatoria, pero no cuando existe prueba (SSTS de 26 de enero y 13 de mayo de 1993), por lo que cuando los hechos han resultado acreditados por la prueba existente, resulta irrelevante determinar cuál de las partes ha realizado la aportación de la prueba practicada (STS 9 de abril de 1997).

Aplicando la anterior doctrina a la alegación que hace el recurrente contra la sentencia de primera instancia en orden a la inobservancia de normas sobre carga probatoria, debe ser rechazada de plano al constar en las actuaciones prueba suficiente para, de su conjunto y según las reglas de la sana critica, determinar los puntos sometidos a debate.

Por lo demás, la sentencia recurrida es exhaustiva en su razonamiento jurídico en todo lo referente a lo que es el verdadero objeto litigioso, es decir, la abusividad o no de las cláusulas en cuestión, pronunciándose sobre todos los extremos planteados por los litigantes, valorando acertadamente, la distinta documentación aportada, en su conjunto y según las reglas de la sana crítica; valoración que no tiene porqué coincidir con la de las partes o con el sentido que cada una de ellas deduzca de cada documento aportado al pleito, como la pretendida por los recurrentes en su pretensión de que el Juzgador ha alterado las normas de la carga probatoria por haber omitido afirmaciones relevantes que, según ellos, constan en el informe del Banco de España al Senado.

CUARTO.- La segunda argumentación de los recurrentes gira en torno a la infracción en que incurre la sentencia de primera instancia en lo referente a la ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la normativa sobre protección de los consumidores sobre cláusulas abusivas. Se afirma por los recurrentes que la mencionada resolución infringe el art. 7 LCGC; que en contra de lo que se dice en la sentencia impugnada, no hay norma o tendencia jurisprudencial que exija que el desequilibrio sea relevante; que el informe pericial aportado acredita la abusividad de la cláusula y que existe sentencia de la AP de Cáceres que declara abusiva la cláusula como la del procedimiento presente.

Anteriormente, al referirnos al contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, afirmábamos que los pactos de limitación de intereses variables no constituyen una condición general de la contratación predispuesta e impuesta por la entidad crediticia, estas cláusulas constituyen los términos financieros de la operación de préstamo, y deben estar incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario, de tal manera que una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo. En definitiva, estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. No podemos olvidar que cuando la LCU se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, por tanto, a aquella que es propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de una de las partes se corresponde otra

obligación del otro contratante. Por el contrario, el contrato de préstamo es un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista, sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados.

Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla anteriormente reseñada, por cierto en sentido contrario a la alegada por los recurrentes, "*Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato. La introducción de limites a la variabilidad de los tipos que reduzca el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas, no es un pacto que se corresponda con ninguna otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación en el contrato de préstamo, insistimos, es la de entregar al prestatario el dinero. A partir de ahí ninguna otra obligación tiene con éste. .....Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. El equilibrio al que el art. 82.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente..... Así pues, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales reciprocas se tratase. No nos hallamos más que ante una obligación que es la del*

prestatario de pagar el precio, el cual en una clase de contrato que queda sometido a las contingencias del alza y baja de los tipos durante un periodo muy largo de tiempo, se acota por arriba y por abajo para limitar el riesgo de que esa variabilidad pueda llegar a extremos que hagan inviable el contrato. Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato....".

Dichos criterios, que estimamos se ajustan plenamente a las diversas normas que cita la sentencia recurrida, se asumen por esta Audiencia Provincial, y son plenamente aplicables al supuesto de autos.

QUINTO.- Finalmente, y en cuanto a la última alegación del recurso sobre la no imposición de las costas, coincidimos con los recurrentes en que no obstante la desestimación del recurso y como permite el art. 394 LEC, no habrán de imponerse las costas de primera instancia a los demandantes, por tratarse de una cuestión jurídica sobre la que esta Audiencia no se había pronunciado y respecto de la que existen criterios dispares de otros Tribunales; y si ello es así, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398, al estimarse este extremo del recurso y por idéntico motivo al anteriormente destacado, no procede imponer las costas de esta alzada a los recurrentes.

SEXTO.- En razón a lo expuesto procede desestimar el recurso entablado confirmando la sentencia recurrida salvo en lo razonado anteriormente.

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

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 17 de diciembre de 2012 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado Mercantil de Almería en los autos nº 133 de 2012 sobre nulidad de cláusula contractual de los que deriva la presente alzada, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución a los efectos de ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.