SUELOS C. EXTREMADURA

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
CACERES

SENTENCIA: 00484/2012
AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

1290A0
AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO
TEdo.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2012 0018459
ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000574 /2012
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000102 /2012

Apelante: CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA
Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA
Abogado: FABRICIANO DE PABLOS O MULLONY
Apelado:

Procurador: CARLOS MURILLO JIMENEZ, CRISTINA CATALAN DURAN
Abogado: CARLOS ARJONA PEREZ

SENTENCIA NÚM. 484/12

Ilmos. Sres.
PRESIDENTE:
DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =
MAGISTRADOS:
DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =
DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =

Rollo de Apelación núm. 574/12 =
Autos núm. 102/12 (Juicio Ordinario) =
Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres =
==========

En la Ciudad de Cáceres a diecinueve de Noviembre de dos mil doce.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm. 102/12 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la mercantil demandada, CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA (hoy LIBERBANK, S.A.), representada tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Simón Acosta, viniendo defendida por el Letrado

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

8 demandantes

Sr. De Pablos O'Mullony, y, como parte apelada, los demandantes,

representados tanto en la instancia como en la alzada por los Procuradores de los Tribunales Sr. Murillo Alvarez y Sra. Catalán Durán, viniendo defendidos por el Letrado Sr. Arjona Pérez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Cáceres, en los Autos núm. 102/12, con fecha 3 de Septiembre de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMO la demanda presentada por la procuradora Dª Cristina Durán y por el procurador D. Carlos Murillo en nombre de

contra Caja de Extremadura (Liberbank), representada por la procuradora Dª Pilar Simón Acosta y, en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad por ser abusivas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con los demandantes, incluidas sus posteriores novaciones privadas, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

2.- CONDENO a la demandada a eliminar dichas cláusulas.

3.-CONDENO a la demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas cláusulas, con los intereses legales desde cada cobro, que se calcularán en ejecución de sentencia, sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en caso de que la cláusula nula nunca hubiese existido y a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización desde su constitución hasta el fin del préstamo.

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

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación procesal de la mercantil demandada, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO.- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación procesal de los demandantes, se remitieron los autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de 10 días.

CUARTO.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y, no habiéndose propuesto prueba ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día quince de Noviembre de dos mil doce, quedando los autos para dictar resolución en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C..

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

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de fecha 3 de Septiembre de 2.012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 102/2.012, conforme a la cual, con estimación de la Demanda presentada por
D. Adolfo Miguel Sánchez San Román, D. Mario

contra Caja de Extremadura (Liberbank, S.A.): 1.- Se declara la nulidad por ser abusivas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con los demandantes, incluidas sus posteriores novaciones privadas, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia; 2.- Se condena a la demandada a eliminar dichas cláusulas, y 3.- Se condena a la demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas cláusulas, con los intereses legales desde cada cobro, que se calcularán en ejecución de Sentencia, sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en caso de que la cláusula nula nunca hubiese existido y a amortizar en cada préstamo la

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

cantidad que se determine y recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización desde su constitución hasta el fin del préstamo, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, se alza la parte apelante –demandada, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura, hoy Liberbank, S.A.- alegando, básicamente y en esencia, como motivos del Recurso, los tres siguientes: en primer término, que la "cláusula suelo" no tiene la naturaleza de condición general, y aun en el supuesto de que pudiera considerarse condición general, el artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación la excluye de manera precisa, toda vez que estando reguladas tales cláusulas mediante orden Ministerial escapa al ámbito de aplicación de la Ley por tratarse de una disposición administrativa de carácter general; en segundo lugar, que los pactos sobre la variabilidad del tipo de interés no son abusivos, sino conformes al principio de libertad de pacto, sin que causen desequilibrio entre las partes, y, finalmente, que los pactos de limitación del interés no son condiciones generales de la contratación porque establecen el precio del contrato. En sentido inverso, la parte apelada –demandantes,

se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, conviene significar, con carácter previo, como premisa inicial y como declaración de principio, que la cuestión controvertida planteada en esta alzada ha sido ya examinada y resuelta por este Tribunal en supuestos –en todo lo esencial- idénticos y de análoga naturaleza al presente, siendo exponente del posicionamiento de esta Sala la Sentencia 327/2.012, de 19 de Junio, dictada por este Tribunal en el Rollo de Apelación número 278/2.012, dimanante del Juicio Ordinario que se siguió ante el mismo Juzgado de instancia (Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres) con el número 902/2.011, donde –igualmente- fue parte demandada apelante Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura (hoy Liberbank, S.A.); criterio que se viene manteniendo por este Tribunal de manera constante y reiterada (como, a título de ejemplo, en la Sentencia 373/2.012, de 18 de Julio, dictada por el este Tribunal en el Rollo de Apelación número 398/2.012, dimanante de los autos de Juicio Ordinario que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres con el número 986/2.011, y en el que, asimismo, fue parte apelante la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura-Liberbank, S.A., y, más recientemente, en la Sentencia 431/2.012, de 5 de Octubre, también dictada por esta Sala en el Rollo de Apelación 502/2.012, dimanante de los autos de Juicio Ordinario que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de esta Capital con el número 81/2.012, en el que, igualmente, fue

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

parte apelante la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura –Liberbank, S.A.-), de modo que, en la Resolución que ahora se dicta, no podemos sino reproducir en sus propios términos –con la natural adaptación a las peculiaridades singulares del presente caso- los mismos Fundamentos Jurídicos que informaron las expresadas Resoluciones (específicamente, las expuestas en nuestra Sentencia de fecha 19 de Junio de 2.012), en la medida en que la problemática suscitada con las cláusulas discutidas es idéntica, los motivos del Recurso de Apelación son los mismos, y la parte apelante no ha alegado ningún razonamiento fáctico ni jurídico nuevo o distinto que no hubiera sido ya considerado por este Tribunal en las expresadas Resoluciones, de tal modo que los motivos del Recurso (ya evaluados –insistimos- por este Tribunal especialmente en la repetida Sentencia de fecha 19 de Junio de 2.012) no enervan ni un ápice el criterio que viene manteniendo este Tribunal respecto de la problemática controvertida, el que, en consecuencia, debe ser ahora nuevamente reiterado y mantenido sin modificación alguna en su planteamiento procesal y sustantivo.

No obstante, debemos significar que el supuesto que ahora se somete a la consideración de esta Sala presenta una doble especialidad –o, si se prefiere, una doble variante o singularidad- (irrelevante, no obstante, a los efectos de la resolución del Recurso de Apelación interpuesto), que ha sido correctamente examinada y resuelta por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, y que se ha hecho valer en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación, no como motivos sustantivos o independientes, sino de manera nítidamente tangencial. Nos referimos –por un lado- a la modificación (novaciones posteriores, son los términos que utiliza la parte apelante) de cuatro de los ocho préstamos hipotecarios a los que se refiere la Demanda, en los que se revisa la llamada "cláusula suelo"–tipo mínimo de interés nominal anual- (manteniéndose la "cláusula techo"–tipo máximo de interés nominal anual-) en los siguientes términos: Préstamo otorgado a D. Jesús [illegible] se mantiene el techo en el 12% y se varía el suelo del 2,650% al 3,250%; Préstamo otorgado a D. Jesús Angel [illegible] se mantiene el techo en el 10% y se varía el suelo del 4,200% al 3,250%; Préstamo otorgado a D. Manuel [illegible] se mantiene el techo en el 12% y se varía el suelo del 5,000% al 3,250%, y Préstamo otorgado a D. Francisco [illegible] se mantiene el techo en el 12% y se varía el suelo del 5,000% al 3,5%. En este sentido, el Juzgado de instancia ha restado trascendencia a estas novaciones privadas o modificaciones de las condiciones de los indicados préstamos hipotecarios porque, en rigor, tal relevancia no existe, dado que, aun contemplando las referidas novaciones, se siguen manteniendo los mismos presupuestos que condicionan la fundamentación de la decisión que se adopta, que no altera ni un ápice los razonamientos jurídicos ya expuestos por este Tribunal en supuestos análogos al presente. Y, por otro lado, la parte demandada apelante esgrime, en defensa de su tesis, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Primera, de fecha 14 de Mayo de 2.012, que este Tribunal respeta, pero cuya decisión no se comparte al amparo de los Fundamentos Jurídicos que venimos reiterando como motivación de nuestra decisión, ciertamente contraria a la adoptada en aquella Resolución.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Las cláusulas que, en la Sentencia recurrida, se declaran nulas de pleno derecho, por ser abusivas, son las contenidas en las Escrituras Públicas de Préstamos Hipotecarios otorgadas respectivamente por los demandantes, con sus posteriores novaciones privadas -en su caso-, donde se establece un tipo mínimo de interés nominal anual o un tipo mínimo de referencia, que, sin ánimo de ser exhaustivo, oscilan entre el 2,65% de interés mínimo nominal anual y el 12% de interés máximo nominal anual, constituyendo, pues, la virtualidad de estas cláusulas el único objeto del Recurso de Apelación, respecto de las cuales son aplicables, sin ambages ni matizaciones de tipo alguno, los criterios sustantivos o materiales que viene manteniendo este Tribunal en asuntos análogos (incluso idénticos y por tanto extrapolables) al presente, a los cuales haremos expresa remisión.

TERCERO.- De esta manera, decíamos entonces, y reiteramos ahora, que se trata de ocho Préstamos Hipotecarios a interés variable con la siguiente condición financiera, por lo aquí interesa y después de sus modificaciones, referida al tipo de interés: "con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable": Préstamo otorgado a D. Jesús Angel tipo mínimo de interés 3,250% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Jesús Angel tipo mínimo de interés 3,250% nominal anual y tipo máximo de interés 10,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Adolfo Miguel tipo mínimo de interés 4,000% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Mario tipo mínimo de interés 4,250% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Manuel tipo mínimo de interés 3,250% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Francisco tipo mínimo de interés 3,50% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Fernando : tipo mínimo de interés 4,500% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual, y Préstamo otorgado a D. Modesto tipo mínimo de interés 4,500% nominal anual y tipo máximo de interés 12,950% nominal anual.

Pues bien, entrando en el primer motivo del Recurso, que engloba en realidad dos submotivos claros, plantea la parte apelante la naturaleza de Condición General de la cláusula suelo, pues el Juzgador de instancia la considera como una Condición General de la contratación, al estimar que se cumplen las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos; criterio que es negado por la representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura, hoy Liberbank, S.A..

Siguiendo a la reciente Sentencia de esta Audiencia de fecha 24 de Abril de 2.012, que declara, estimando una acción colectiva, la nulidad de la cláusula

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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

La parte apelante niega que la cláusula de limitación de la variación del interés variable sea una Condición General de la Contratación, pues ha sido negociada de forma individualizada con el consumidor, y, además, al estar regulada la por la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los préstamos hipotecarios, aun cuando fuera catalogada de Condición General de la Contratación, se excluye del ámbito de aplicación de la Ley de CGC, de conformidad a lo establecido en su artículo 4.

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

La apelante sostiene que esa negociación individual existió en aquel supuesto, al conocer y aceptar la misma, en el primer préstamo, al tratarse de una subrogación en la que se aceptaban las condiciones del préstamo y, en el segundo, al existir oferta vinculante, y a través del control efectuado por ambos Notarios. En la Sentencia de instancia se niega esa negociación individual, incluso en el caso del segundo préstamo hipotecario (también, en el presente caso, con motivo de su modificación –o novación- en cuatro de los ocho contratos de Préstamos Hipotecarios a los que se refiere la Demanda); considerando este Tribunal –en la misma línea motivadora- que esta conclusión es perfectamente aplicable al presente supuesto respecto de los acuerdos de modificación privada de los indicados Préstamo Hipotecarios.

En cuanto a la intervención del Notario, tenemos que recordar, como se expuso en la Sentencia de 24 de Abril de 2.012 de esta Audiencia que la prueba de la negociación individual "no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo".

Pues bien, hemos de coincidir con el juzgador de la instancia en que esa prueba aquí no se ha producido, sin que desde luego la misma se deduzca de la mera escritura de préstamo hipotecario, ni de la oferta vinculante que como tal no prueba la negociación (ni de sus modificaciones), en el sentido de que el contratante consumidor pudiera contratar sin esa cláusula, por lo que debemos concluir que las cláusulas litigiosas tienen el carácter de condición general de la contratación. Por tanto, concurren todos los requisitos para considerar que estamos ante una condición general, regulados en el artículo 1 de la LCGC, es decir, se trata de cláusulas o condiciones predispuestas por la entidad bancaria demandada, pues fueron redactadas unilateralmente por la misma antes de la fase de celebración del contrato, con total ausencia de negociación individual, y finalmente, como hemos adelantado, fueron impuestas por la entidad bancaria, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente, conociendo el cliente que de no aceptar las mismas le será denegado el préstamo.

Pero es que, además, la falta de negociación individual de las cláusulas financieras de las escrituras de préstamo hipotecario, en concreto de la "cláusula suelo" litigiosa, no solo deriva de su falta de prueba por la entidad bancaria, sino también de los propios términos en los que viene regulada dicha modalidad contractual en la Orden de 5 de Mayo de 1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que cita la apelante a otros efectos que luego estudiaremos.

En tal sentido, la Exposición de Motivos de la citada Orden, señala que su finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. En concreto, el artículo 3 de la Orden Ministerial citada impone a la entidad financiera la obligación de entrega de un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios; folleto que tendrá carácter informativo, y el artículo 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o notificarle la denegación del préstamo. Asimismo, el artículo 6 impone la obligación de consignar de forma separada las cláusulas financieras entre las que se encuentra la limitación del tipo de interés variable del resto del clausulado del contrato, y finalmente el artículo 7 impone por un lado un deber de información al Notario autorizante respecto del contenido de dichas cláusulas financiera, así como verificación del ajuste de las cláusulas contenidas en la escritura con las contenidas en la oferta vinculante.

Pues bien, esas normas ponen claramente de manifiesto que este tipo de cláusulas no son negociadas individualmente y que la redacción de las mismas se realiza por la entidad financiera, sin posibilidad de negociación alguna por el consumidor. Es más, no puede olvidarse que la citada Orden Ministerial se refiere también a la llamada "cláusula del redondeo", respecto de la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sus Sentencias de 20 de Diciembre de 2.010 y 2 de Marzo de 2.011, considerando que se trata de condiciones generales de la contratación. Como dice la Sentencia de esta Audiencia de 24 de Abril de 2.012 "la citada Orden tiene un alcance meramente formal tendente a promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de aquellas cláusulas de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Pero las recomendaciones de dicha Orden en absoluto quiere decir que en la realidad y en la práctica se materialicen las obligaciones formales establecidas en la misma con una verdadera fase de negociación entre la entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas. Todo lo contrario, es una realidad y un hecho notorio, que las cláusulas del tenor de las aquí examinadas son redactadas siempre y en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el artículo 5, de existir la misma, y posteriormente las plasma en la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante. Consecuencia de lo anterior, y estando ante cláusulas pre-redactadas, por no decir, que redactadas única y exclusivamente por la entidad apelante, corresponde a ésta acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual".

CUARTO.- Sostiene la parte recurrente, en el segundo submotivo incluido en el primero de los articulados, que, al estar regulada la "cláusula suelo" por la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, aun cuando fuera catalogada de Condición

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

General de la Contratación se excluye del ámbito de aplicación de la Ley de CGC, de conformidad a lo establecido en su artículo 4. Se recuerda, así, que el artículo 4 de la LCGC, dispone que: "La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que versan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

Pues bien, entiende la parte apelante que se excluye del propio ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación el contenido de una condición general si viniera ya regulado, específicamente, por una disposición legal o administrativa de aplicación obligatoria para los contratantes, sin que pueda, por tanto, ser considerada condición general. En este caso, la denominada "cláusula suelo" cumpliría, según la apelante, los requisitos de exclusión, al estar específicamente regulada en una disposición administrativa de aplicación obligatoria como es la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, dictada al amparo del artículo 48 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Fruto de esta autorización nace, entre otras, la Orden Ministerial citada, cuyo espíritu intenta garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestar especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos.

Pues bien, siguiendo a la Sentencia citada de 24 de Abril de 2.012 de esta Audiencia Provincial "la normativa contenida en dicha Orden Ministerial, no puede suponer exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC 7/98 en los términos reseñados por el artículo 4 de la misma norma, pues como señalan varias sentencias, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de Octubre de 2.002, la existencia de disposiciones administrativas como la de dicha Orden Ministerial, «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24, 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22.4 de la LOPJ, que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

En consecuencia, el cumplimiento de los deberes de información contenidos en esa norma no sirve para excluir per se el control de abusividad de la norma, ni impide que por ello que la cláusula pueda considerarse abusiva, tal como por otro lado resulta del artículo 2.2 de la Orden Ministerial de 1.994. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 2.011 –al resolver sobre la

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

cláusula de redondeo al alza- al señalar que "Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor.

La Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994 lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el artículo 7.b LCGC hace "a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Pero esto nada tiene que ver con los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato, en cuanto al deber de comunicación escrita al prestatario del nuevo tipo de interés, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1.998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la cláusula que resultaría de su aplicación".

Por tanto, es evidente que la normativa contemplada en la precitada Orden Ministerial, no puede suponer por si misma exclusión de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1.998, dado que tiene un claro carácter interno administrativo, enlazado con las funciones de vigilancia del Banco de España, que en nada tiene que ver con el control judicial, que deriva de la función jurisdiccional reconocida en los artículos 24 y 117 de nuestra Constitución.

QUINTO.- En segundo lugar, sostiene la parte recurrente que los pactos limitativos del tipo de interés son, además, parte esencial del contrato, conformando el precio del contrato, elemento decisivo para forjar la voluntad del prestatario, libre y conscientemente aceptado por el mismo y, por eso mismo, no es condición general de la contratación, estando por ello excluidos del control judicial de abusividad.

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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Entrando en la primera cuestión, ciertamente parte de la doctrina mantiene la imposibilidad de considerar condiciones generales las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar, y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas; criterio que también se mantiene por algunas Audiencias Provinciales, como la de Sevilla en Sentencia de 7 de Octubre de 2.011, que denegó la nulidad de este tipo de cláusulas "suelo", por tal motivo.

Pues bien, debemos partir de que LCGC es trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dicha Directiva señala en su artículo 4, lo siguiente: «1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Por su parte, el artículo 8 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Este marco comunitario previo, resulta esencial para resolver el meritado motivo de apelación, pues a partir de su consideración, nuestro Tribunal Supremo, antes de resolver sobre el posible carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza, valorando que la misma podía constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial: « ¿El artículo 8 de la Directiva debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el artículo 4.2 de la Directiva? ». A esta cuestión el TJUE en Sentencia de fecha 3 de Junio de 2.010 respondió diciendo: «Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1.998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de

antemano por el profesional de manera clara y comprensible. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta. A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8, de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

A partir de la respuesta del TJUE, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 4 de Noviembre de 2.010, sostuvo que: «respecto a la otra cuestión planteada (...), relativa a la posibilidad de un control judicial del contenido de las cláusulas litigiosas y, al fin, a la interpretación del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 3 de Junio de 2.010 dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida". Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente relativas a elementos esenciales del contrato también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.

Aunque esto ya es bastante para rechazar el motivo de impugnación, es que además, en cuanto a la segunda de las cuestiones que indicábamos, es más que discutible que el pacto de limitación de intereses tenga el carácter esencial pretendido. Esta Audiencia Provincial en su tantas veces citada Sentencia de 24 de Abril de 2.012 señala que "según los datos objetivos ofrecidos por el propio Banco de España, dichas cláusulas fueron impuestas por un pequeño sector de la banca y no por todas las entidades de crédito, por mera decisión empresarial desligada de criterios definidos, y con la finalidad de garantizar unos determinados beneficios mínimos al prestamista. Las mismas entidades de crédito justificaban el "papel secundario" de estas acotaciones en la competencia, con el argumento de que el principal interés del prestatario se centraba únicamente en la concreta cuota a pagar, y estas cláusulas no afectaban a sus preocupaciones inmediatas, y que la regulación española no destaca el riesgo de tipo de interés, o mejor, la incertidumbre sobre la variabilidad de los tipos, como un "elemento esencial" de la información

precontractual, pues sólo les obliga a mencionar la evolución del índice en los 24 meses anteriores al contrato.

Como ya hemos dicho, esta era la realidad social existente en el momento que se estipularon estas acotaciones a los tipos de interés variable, esas cláusulas limitativas que la entidad de crédito podía incluir en el contrato, no eran negociadas ni percibidas ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Las percibía, en su caso, como una imposición o condición accesoria, ya que o bien la aceptaba, o bien no recibía el préstamo, de tal modo que no pueden ser calificadas de "elemento esencial". La forma de incluir estas cláusulas limitativas, que suponen un evidente acotamiento de techos y suelos e influyen de manera indubitada en el coste final del préstamo, se firmaban por los clientes de la entidad bancaria como accesorias al contrato y no como parte sustancial del precio mismo".

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid en su Sentencia de 8 de Septiembre de 2.011 señala, en este punto, que aun cuando se debe "destacar las dudas que suscitaría la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, esa aplicación eventual y no permanente ha sido destacado en la misma Resolución de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid – de 22 de Marzo de 2.007-antes citada para excluir el carácter esencial de la cláusula, cuya ausencia por otro lado no impide que pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Por tanto (...) la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato".

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

SEXTO.- En el último motivo del Recurso de Apelación, se esgrime que la convención relativa a la variabilidad del tipo de interés es conforme al principio de libertad de pacto proclamado en el artículo 315 del Código de Comercio, como se señala en el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios y establece el artículo 7 de la Orden Ministerial citada, y además, no es contraria a la buena fe y no causa desequilibrio entre las prestaciones, toda vez que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

sola la falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es proporcionada. Así, a la obligación de pago del interés mínimo que resulte de la limitación a la baja a cargo del prestatario corresponde su derecho a no pagar más que el interés máximo que resulta de la limitación al alza, cualquiera que sea la diferencia de puntos que exista entre una y otra cláusula, y lo que es más importante la Ley de Defensa de los Consumidores no se refiere en ningún momento a reciprocidad económica, sino jurídica. En definitiva, se plantea en este motivo si las cláusulas suelo-techo a que se refiere la Demanda, son o no abusivas por resultar desproporcionadas, carentes de reciprocidad y contrarias a la buena fe.

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

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

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

En el supuesto examinado, la cláusulas cuestionadas tienen (contempladas ya las novaciones) el siguiente tenor: con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable: Préstamo otorgado a D. Jesús Angel Domínguez García: tipo mínimo de interés 3,250% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Jesús Angel tipo mínimo de interés 3,250% nominal anual y tipo máximo de interés 10,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Adolfo Miguel : tipo mínimo de interés 4,000% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Mario tipo mínimo de interés 4,250% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Manuel : tipo mínimo de interés 3,250% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Francisco Javier tipo mínimo de interés 3,50% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual; Préstamo otorgado a D. Fernando

tipo mínimo de interés 4,500% nominal anual y tipo máximo de interés 12,00% nominal anual, y Préstamo otorgado a D. Modesto tipo mínimo de interés 4,500% nominal anual y tipo máximo de interés 12,950% nominal anual.

El pacto de limitación de intereses es uno de los mecanismos de cobertura de los riesgos derivados de la variabilidad de los tipos de interés. En principio, estamos ante un pacto lícito, sujeto al principio de libertad de pacto, proclamado en el artículo 315 del Código de Comercio, como se señala en el Informe del Banco de España y establece el artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de Junio de 1.994 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 Orden Ministerial 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 las escrituras públicas otorgadas a tal efecto.

3ª) 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 los clientes fueran advertidos especialmente por el fedatario público de que hubiera desproporción, o al menos no quedó reflejada esta advertencia de forma expresa en las escrituras públicas (extrapolable también, en el presente caso, a los acuerdos de modificación de los préstamos hipotecarios).

El requisito de la reciprocidad es, sin duda, el que presenta aspectos más complejos en este tema. La parte actora invoca, a este respecto, los artículos 80.1.c, 82.4 b, c y d y sobre todo, el artículo 87 de la LGDCYU, que considera abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. Sostiene la parte demandada-apelante que dicha reciprocidad es de carácter jurídico, no económico, indicando que las fases del ciclo del mercado cambian y es imposible prever en qué medida, sin que pueda realizar esa previsión el juzgador a partir de la mera observación de la cláusula. El

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Juzgado de lo Mercantil Número 9 de Madrid, en su Sentencia de 8 de Septiembre de 2.011, a partir de la discusión en Doctrina y Jurisprudencia del alcance y sentido del requisito de reciprocidad y más concretamente si el mismo ha de tener una estricta significación jurídica, es decir, ceñirse al estudio de una reciprocidad obligacional o causal, a partir de la constatación de los derechos y deberes de las partes y su relación entre si, o si, además, es procedente un entendimiento de la reciprocidad desde la perspectiva económica, pudiendo analizar si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes, concluye que no es posible estudiar la reciprocidad desde la perspectiva del correcto equilibrio económico de las prestaciones, "pues ello implicaría la necesidad de que la decisión judicial se extienda a la integración de un elemento esencial como es el precio y tratándose de una entidad que interviene en el mercado en régimen de libre competencia con otros sujetos, esa intervención, puede producir efectos no deseados en el ámbito competencial e incluso afectar negativamente la posición de la entidad en el mercado", añadiendo que "se estaría exigiendo al juzgador realizar un juicio de previsión de ciclos económicos de carácter macroeconómico, sin más sustento que la evolución del Euribor en el período precedente, juicio macroeconómico poco ponderado y que viene sustentado en la ausencia de cambios clave en el panorama económico de la zona Euro, lo que en la situación actual es mucho decir", concluyendo que "la condición ahora litigiosa viene integrada junto con el resto de condiciones descritas en la condición tercera con la finalidad del establecimiento del tipo de interés remuneratorio, en cuya mecánica no puede considerarse que se rompa la debida reciprocidad en los derechos y obligaciones del contrato, sin perjuicio del derecho del consumidor a no contratar un producto, que considere por debajo de las expectativas económicas, o cuyas condiciones considera puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora.

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

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

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de Abril de 2.012 aboga con claridad y por contra esta segunda perspectiva y así sostiene que "no se

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

trata como pretende la recurrente de determinar si concurre la reciprocidad obligacional en el sentido de que sólo se revise si a ambas partes se le atribuyen los mismos derechos y obligaciones, sin poder entrar a examinar el precio pactado por considerarlo elemento esencial, sino que expresamente tan repetida Orden Ministerial obliga a advertir al consumidor si no existe "reciprocidad económica" entre el interés fijado como suelo y techo. Téngase en cuenta que dicha normativa exige al Notario que advierta de la existencia de desproporción o desigualdad en el caso de apreciarla, cuando el contrato incluye cláusulas limitativas a los tipos de interés, y ello es así, porque generalmente se trata de estipulaciones de difícil comprensión para el particular, que puede estar firmando un pacto abusivo sin conocer la trascendencia que supone respecto al interés pactado, al impedirle poder beneficiarse de los tipos de intereses bajos, pues sin conocerlo, está firmando una cláusula que fija un tipo mínimo muy alto en función del interés vigente en aquellas fechas y en las actuales: Euribor más 0,75 ó 1%, equivalente a un tipo de interés alrededor del 2%, cuando en las cláusulas examinadas se fijan unos mínimos de 3,250%, 3,250%, 4,000%, 4,250%, 3,250%, 3,5%, 4,500 % y 4,500 %, respectivamente, obligando al cliente a abonar un interés de más del doble que le pudiera corresponder de no haber firmado dicha cláusula suelo-techo. Por tanto, la desproporción es más que manifiesta y patente".

Continua sosteniendo esta Sentencia que "Las cláusulas sometidas al control judicial acompañadas a la demanda no solo son absolutamente desproporcionadas, imponiendo un "límite suelo" excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza hasta el 5% (en los casos ahora examinados, hasta el 4,500%) en evidente perjuicio del particular, sino también se trata de cláusulas abusivas, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha limitado en unos intereses del 12% (en el presente caso, el 12% en seis préstamos, el 10% en otro, y el 12,950% en el último), absolutamente inimaginables en las fechas que se firmaron las cláusulas que nos ocupan, como inimaginables en la actualidad.

En estos casos el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente perjuicio para el mismo, pues se ve obligado a pagar un interés de más del doble que le pudiera corresponder, como ocurre en los últimos años y en la actualidad, y como contraprestación no ha obtenido ningún límite al alza razonable, pues se trata de "cláusulas techos" del 12% (ó del 12,950% o del 10%), que desde que se firmaron hasta la actualidad son absolutamente inoperantes para el consumidor, de modo que se les ha impuesto unas cláusulas "suelo" sin reciprocidad alguna.

Referidas cláusulas resultan abusivas 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 (en los casos ahora examinados, hasta

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

el 4,500%), que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% (ó del 12,950% o del 10%) no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década.

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

Dispone al efecto el artículo 8.1 de la Ley 7/98 de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que "Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Y añade en su apartado segundo que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Obviamente, dicha remisión debe entenderse referida a la vigente Ley de Consumidores y Usuarios, cuyo Texto Refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de Noviembre, 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 de Extremadura en los préstamos hipotecarios suscritos a interés variable a que se refiere la demanda, hasta el punto, que afecta a la propia sustancia del contrato, pues se configura y pacta por las partes a interés variable, y después se le ponen unos límites por abajo tan altos, que de haberlo conocido los clientes le hubiera sido más beneficioso pactar un interés fijo.

Esto es así, porque las cláusulas suelo se han mostrado efectivas prácticamente desde el inicio de los contratos hasta la actualidad, liberando a la entidad bancaria del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial,

mientras que los prestatarios no verán cubierto su riesgo de tener que afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor. Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas, que no se ven compensadas con límites superiores (techos) que protejan de una manera efectiva y real a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado; requisitos que no concurren en las cláusulas suelo-techo o Condición General de la Contratación introducidas por la entidad bancaria en las escrituras de préstamo hipotecario en las que interviene, en las que se fija un límite superior del 12% (ó –como sucede en otros dos de los Préstamos Hipotecarios ahora examinados- del 12,950% o del 10%) que de acuerdo con lo dicho anteriormente no puede considerarse potencialmente real".

Esa visión integral de la reciprocidad ha sido auspiciada por diversas Resoluciones Judiciales. Así, el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla en su Sentencia de 30 de Septiembre de 2.010 señala, analizando los suelos y techos examinados en el caso de referencia, que "En la comparación de los mismos, a simple vista, se advierte de modo notorio un desfase entre los extremos, pues mientras considerando el tipo de partida de un préstamo, ordinariamente superior al "suelo" señalado, y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el "techo" señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15% de techo señalado, no pudiere ser afrontada por nadie o muy pocos. Y ello es de interés destacarlo considerando las estadísticas sobre el volumen de hipotecas en España en 2.009 que ascendía al 42% del mercado hipotecario español (página 5 del informe KPMG). Es decir se reputa notorio, y a simple vista, que las limitaciones al alza y a la baja "no son semejantes" en la terminología de la Orden Ministerial de transparencia bancaria citada. Sino que la relación es desproporcionada y señaladamente por el lado de la subida o techo, en relación al suelo".

De igual forma, el Juzgado de lo Mercantil de León en su Sentencia de 11 de Marzo de 2.011 señaló que: "fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el artículo 82.3 de la LGDCU, en cuya virtud "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de

dicho índice por encima del 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo hipotecario que redacta. Efectivamente, la evolución del Euribor facilitada por la propia demandada (documento número 21) revela que el tipo más alto que ha llegado a alcanzar desde su inicio en 1.999 es el de 5,384% registrado en septiembre de 2.008, más que distante del límite superior contemplado por la condición general cuestionada. Y aún cuando es cierto, como señalaba la demandada, que otros índices tomados como referencia en los préstamos hipotecarios como el CECA o el MIBOR entre otros han alcanzado históricamente registros superiores al 12%, no cabe, porque así lo prohíbe el citado artículo 82.3 de la LGDC, descontextualizar dicho dato de las circunstancias existentes en el momento en que se produjo, con un precio de mercado de la vivienda infinitivamente inferior al que ha conocido en los últimos años, y una duración correlativa del período pactado para la devolución del préstamo también notablemente más reducida.

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

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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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

De igual modo, debe destacarse la Sentencia de 7 de Abril de 2.011 de la Audiencia Provincial 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 Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de Marzo de 2.012 se pronuncia a favor de la anulación.

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

Pues bien, desde esta perspectiva, es claro que partiendo de la licitud del pacto de cobertura o limitación de tipos de interés, su validez se mantendrá desde la perspectiva de la proporción o reciprocidad entre las partes. Desde este punto de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista, es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad y, en este punto, la entidad apelante ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. La entidad apelante sabe que si sólo hubiera establecido en el contrato un pacto de suelo, la cláusula sería claramente desproporcionada y, por tanto, susceptible de una clara nulidad. Lo que hace es establecer esa cláusula de suelo, con voluntad de que entre en juego, al estar sustentada en parámetros reales, en el marco de una clara tendencia, con alguna leve fluctuación, a la bajada de los tipos de interés. La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula "suelo" que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluta y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12% (o incluso del 10%). 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.

Consiguientemente, el Recurso de Apelación interpuesto, en todos sus motivos y en todas sus vertientes, no puede tener, en ningún caso, favorable acogida.

SEPTIMO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto, y, como consecuencia lógica, la confirmación de la Sentencia que constituye su objeto.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el articulo 394 del mismo Texto Legal, aun cuando el Recurso de Apelación interpuesto habrá de ser desestimado, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, en la medida en que, como hemos significado en supuestos análogos al presente ya examinados por este Tribunal, el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ahora enjuiciado –como aquéllos- es susceptible de presentar dudas, serias y razonables, de hecho y de derecho que exigen la aplicación de la Excepción al Principio del Vencimiento Objetivo legalmente establecido en cuanto a la condena en las costas, ante la existencia de Resoluciones Judiciales contradictorias en el ámbito de los Tribunales, que no se despejarán hasta que se pronuncie nuestro Tribunal Supremo.

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

FALLO

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA,** hoy **LIBERBANK, S.A.**, contra la Sentencia 127/2.012, de tres de Septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 102/2.012, del que dimana este Rollo, debemos **CONFIRMAR y CONFIRMAMOS** la indicada Resolución, sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

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

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