



Roj: **SAP CC 375/2012 - ECLI: ES:APCC:2012:375**

Id Cendoj: **10037370012012100225**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2012**

Nº de Recurso: **152/2012**

Nº de Resolución: **236/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00236/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

S40020

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620413/620415 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2010 0012392

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000152 /2012

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: JUICIO VERBAL 0000010 /2011

Apelante: CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: FABRICIANO DE PABLOS O`MULLONY

Apelado: ASOCIACION DE SERVICIOS BANCARIOS, AUSBANC CONSUMO

Procurador: ANA MARIA COLLADO DIAZ

Abogado: JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ

S E N T E N C I A NÚM. 236/12

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE :

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS :

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO =

Rollo de Apelación núm. 152/12 =



Autos núm. 10/11 (Juicio Verbal) =

Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a veinticuatro de Abril 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 Verbal núm. 10/11 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la mercantil demandada, **CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA (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 Sr. De Pablos O'Mullony, y, como parte apelada, las demandantes, **ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO) y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA CAUSA COMUN**, representadas tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Collado Díaz, viniendo defendidas por el Letrado Sr. Picado Domínguez, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, en los Autos núm. 10/11, con fecha 18 de Octubre de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: DESESTIMO la demanda interpuesta a instancia de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, AUSBANC consumo representada por la Procuradora Dª Ana María Collado Díaz, por falta de legitimación activa con efectos de sentencia absolutoria en la instancia y ESTIMO la demanda interpuesta por la asociación Organización nacional de Consumidores de España Causa Común, representada por la Procuradora Dª Ana María Collado Díaz contra Caja de Extremadura, representada por la Procuradora Dª María del Pilar Simón Acosta, siendo parte el Ministerio Fiscal y en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad por tener carácter de cláusulas abusivas de las condiciones generales de la contratación descritas en los Hechos Primero y Segundo de la demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o cláusula de tipo mínimo de referencia, cuya imagen y tenor literal es la que sigue:

1.- "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 aplicables:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 5% NOMINAL ANUAL".

2.- "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:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 4,75% NOMINAL ANUAL".

3.- "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:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 4,5% NOMINAL ANUAL".

4.- "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:

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 4,00% NOMINAL ANUAL

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12,00% NOMINAL ANUAL".

5.- "En todo caso se establece un tipo mínimo de interés del tres coma cuarenta y cinco por ciento y un tipo máximo de interés del doce por ciento".

6.- "Por último también acuerdan modificar el límite de tipo mínimo de interés, estableciéndose que a partir de la firma de lo presente escritura, el tipo de interés mínimo será del 3,85%".



7.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad, se establecieron como límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÍNIMO...DOS COMA CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO POR CIENTO NOMINAL ANUAL.

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS...DOCE POR CIENTO NOMINAL ANUAL".

8.- "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:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS...12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS...5% NOMINAL ANUAL".

2.- *CONDENO a Caja de Extremadura a eliminar dichas condiciones generales de la contratación y otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.*

3.- *ORDENO la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas con los gastos a cargo de la demandada y condenada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor difusión de la provincia de Cáceres, de forma que esa publicación ocupe, en el caso del periódico, al menos una página en caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10 en sistema informático word y tipo de letra "Times New Roman" en el plazo legalmente establecido.*

4.- *ORDENO la inscripción de la sentencia y, en consecuencia, la expedición del mandamiento por el Sr. Secretario competente al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que resulte competente, para la inscripción de la sentencia estimatoria de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento en el citado Registro.*

5.- *No ha lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes.*

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación procesal de la mercantil demandada, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura (LIBERBANK, S.A.), se solicitó la preparación de recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO .- Admitida que fue la preparación del recurso por el Juzgado, se emplazó a la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en los arts. 457.3 de la L.E.C . por veinte días para la interposición del recurso de apelación, conforme a las normas del art. 458 y ss. de la citada ley procesal .

CUARTO .- Formalizado en tiempo y forma el recurso de apelación por la representación de la parte demandada, 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.

QUINTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación procesal de las demandantes, AUSBANC CONSUMO y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA CAUSA COMUN, se remitieron los autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de 10 días.

SEXTO .- 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, recayendo la ponencia en la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO; y, no habiéndose propuesto prueba ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día veintinueve de Marzo de dos mil doce.

SÉPTIMO .- La Ilma. Sra. Magistrada Doña MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO mostró su disconformidad con el voto de la mayoría del tribunal por lo que asumió la ponencia para resolver el presente recurso de apelación el Ilmo. Sr. Presidente Don JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA quedando los autos para dictar resolución en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C ., con la obligación de la Ilma. Sra. Magistrada disconforme de formular motivadamente su voto particular.

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

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió demanda por AUSBANC CONSUMO y posteriormente por la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA CAUSA COMÚM, solicitando que se declare la nulidad de las Condiciones Generales de la Contratación contenidas en los préstamos hipotecarios concertados a interés variable, entre CAJA DE EXTREMADURA y consumidores y usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o una cláusula con tipo mínimo y máximo de referencia, incorporando en masa a los contratos de préstamos a interés variable la cláusula limitativa del tipo de interés, esto es, la denominada cláusula suelo o suelo-techo; la condena a eliminar dichas cláusulas y la abstención de su empleo en el futuro y que se ordene la publicación del fallo de la sentencia en el BORME o en un periódico de los de mayor difusión provincial, junto con la inscripción de la Sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La pretensión fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º) La entidad bancaria apelante, insiste en esta alzada, que no estamos en presencia de Condiciones Generales de la Contratación por faltar los requisitos de predisposición e imposición, pues el consumidor no se adhiere al contrato, sino que con carácter previo ha pactado las condiciones y el tipo de interés aplicable en la Oferta Vinculante, de conformidad con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, no existe pues adhesión ni imposición, sino negociación individual.

Los pactos limitativos del tipo de interés son además, parte esencial del contrato, toda vez que forman parte del precio, entendiendo junto al Banco de España en su Informe de mayo de 2010, que el tipo de interés de liquidación del préstamo se integra en la estipulación contractual más importante para el prestatario siendo la principal de las prestaciones que le corresponde efectuar, así, los intereses que abonará, que en estos casos estarán acotados por las cláusulas pactadas, constituyen, naturalmente, el precio del dinero que se presta. Por tanto, entiende que las cláusulas cuya nulidad se pide no son Condiciones Generales de la Contratación, no son contrarias a la buena fe y no causan desequilibrio entre las prestaciones, toda vez que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí 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.

Desarrolla lo anterior, alegando como primer motivo el relativo a la naturaleza de Condición General de la cláusula suelo, pues el Juzgador de instancia parte de la consideración de Condición General de la contratación de la cláusula suelo o limitativa del tipo de interés, al estimar que se cumplen las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos.

Sin embargo, la parte apelante entiende lo contrario, pues según el Art. 1 de la LCGC: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

No obstante, no todas las cláusulas que reúnan estos requisitos van a tener la consideración de Condición General, ya que el Art. 4 de la LCGC, dispone: "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."

Por tanto, 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" cumple 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 1994, dictada al amparo del Art. 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.

Añade que dicha 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 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. A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndole expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

Concluye la recurrente que la "cláusula suelo", incluso en el supuesto de que pudiera considerarse condición general, el propio Art. 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 del ámbito de aplicación de la Ley por tratarse de una disposición administrativa de carácter general.

En todo caso, dice que los pactos de limitación del interés de los contratos de Caja Extremadura a que se refiere la demanda, y en particular los de limitación de la variación a la baja o "cláusulas suelo", no son Condiciones Generales de la Contratación en el sentido del artículo 1 de la LCGC, pues su incorporación al contrato resulta del previo acuerdo de las partes, quienes configuran su contenido en la negociación de los términos económicos y financieros de la operación.

En particular, la limitación a la variación del interés es uno de los términos financieros, el precio que el prestatario debe satisfacer por el dinero prestado, incluidos en la oferta que realiza Caja Extremadura durante la negociación de la operación, que sólo se integra en el contrato si es expresamente aceptado por el prestatario. Por tanto, no es cierto que los prestatarios se hayan adherido a unas condiciones contractuales predispuestas por mi mandante, ya que sólo se incorporan al contrato tras la oportuna negociación y aceptación, por lo que tampoco se imponen a aquellos, quienes las pueden aceptar o rechazar en el marco de un proceso de negociación plenamente transparente.

Finalmente, para acreditar que los contratos de préstamo fueron negociados con los respectivos consumidores, se remite a las cláusulas de las escrituras otorgadas ante los diferentes Notarios.

2º) En segundo lugar, dice que los pactos a la variabilidad del tipo de interés son conformes al principio de libertad de pacto, sin que causen desequilibrio entre las partes, ni tengan la consideración de abusivas, mientras que el Juzgador de instancia entiende todo lo contrario.

En defensa de su tesis, alega la parte apelante que la determinación del precio de los préstamos y su configuración está presidida por el principio de libertad, proclamado en el Art. 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.

Igualmente, considera que los pactos de limitación del interés de los contratos de Caja de Extremadura limitan la variación del interés aplicable tanto al alza como a la baja. De este modo, el límite mínimo de variabilidad del interés aplicable se establece a favor del Banco y el máximo a favor del prestatario, con lo que se garantiza la reciprocidad: a la obligación del prestatario de retribuir el interés del límite mínimo se le une el derecho a no retribuir por encima del interés del límite máximo, y lo mismo sucede con relación a la entidad bancaria, garantizándose pues la correspondencia entre derecho y obligación. En definitiva, entiende que no se trata de valorar la reciprocidad entre "suelo" y "techo", sino la vinculación de cada uno de estos elementos con el precio y el resto de componentes que lo forman, que difieren para cada préstamo.

Añade que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí sola la falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es proporcionada, es decir, 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. Por ello, no es cierto que nunca se aplicaría la cláusula que establece un tipo máximo del 12%", como se dice en la sentencia de instancia, pues ello supone desconocer las circunstancias del mercado, la evolución del ciclo económico y la duración de los préstamos hipotecarios. En la vida de estos, a largo plazo, concedidos por decenas de años, las circunstancias del mercado y las fases del ciclo cambian forzosamente, y es imposible prever en qué medida, por lo que los escenarios en que pueden situarse las partes son absolutamente imprevisibles.

Al propio tiempo la Sentencia recurrida entiende que los pactos de limitación del interés son cláusulas abusivas, por ser contrarias a las exigencias de la buena fe y porque causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Cita el Art. 82.1 de la LCU, a cuyo



tenor: "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".

En primer lugar, insiste en negar que estemos ante estipulaciones no negociadas individualmente, como ha dicho anteriormente, pero en todo caso, frente a la pretendida mala fe de la demandada, considera que no puede apreciarse mala fe en la conducta de Caja de Extremadura, quien, con plena observancia de la legalidad, ha informado a los consumidores de su crédito, ha formulado una oferta vinculante en los términos legales para que cada consumidor pueda compararlas con otras existentes en el mercado, y optar libre y voluntariamente por la que más le interese, y ha negociado, finalmente, los préstamos hipotecarios con la preceptiva intervención del Notario.

En cuanto al desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, del propio tenor literal se desprende que el equilibrio exigido no radica en la equivalencia del sacrificio económico de las partes, sino en la equivalencia de sus respectivas posiciones jurídicas. Precisamente por ello, se sustituyó la anterior redacción del precepto, referida al "justo equilibrio de las prestaciones" por la actual referencia al "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes".

3º) En cuanto a la estimación de la acción colectiva planteada, prevista en el Art. 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, admite que dicho precepto permite entablar acciones colectivas de cesación dirigidas a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

El Art. 16 de la misma Ley, señala quienes están legitimados activamente para la interposición de esta clase de acciones, incluyendo en su apartado tercero a las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

Respecto a este particular está de acuerdo con la Sentencia de instancia que estima la excepción de falta de legitimación activa de AUSBANC CONSUMO al entender que carece de facultades suficientes que la legitimen para afrontar la pretensión de entablar acciones colectivas, sin embargo, procede a entrar en el fondo del asunto al entender que la ORGANIZACIÓN CAUSA COMÚN ha suplido la falta de capacidad de AUSBANC, sin que la falta de legitimación de ésta se comunique a la otra.

Sin embargo, considera la recurrente que siendo insubsanable la falta de legitimación activa, tal defecto no puede ser suplido por la adhesión al proceso de un tercero que lo sustituya. Por ello, estima que siendo la falta de legitimación activa insubsanable y careciendo de ella AUSBANC cuando interpuso la demanda, la falta de legitimación debe extenderse también a Causa Común.

Por todo ello, solicita la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo y por evidentes razones de metodología procesal, es necesario comenzar por el examen del último motivo relativo a la falta de legitimación activa, no respecto a AUSBANC CONSUMO, pues su ausencia de legitimación ha sido estimada en la sentencia de instancia y dicho pronunciamiento no ha sido recurrido, quedando firme por consentido.

Lo que se pretende por la apelante en este motivo, es que como estima insubsanable la falta de legitimación activa, tal defecto no puede ser suplido por la adhesión al proceso de un tercero que lo sustituya, como aquí se ha producido con la posterior intervención de CAUSA COMUN.

Pues bien, sobre este particular asiste razón al Juzgador de instancia, pues además de la inicial demandante AUSBANC CONSUMO, también ha intervenido en el proceso el Ministerio Fiscal y la Asociación CAUSA COMUN; Asociación que cumple todos los requisitos legales para ser parte y poder accionar en ejercicio de la acción colectiva que nos ocupa, pues el Art. 54.2 del Texto Refundido reconoce el derecho de las asociaciones y demás de entidades a personarse en los procesos promovidos por otras, si lo estiman oportuno.; intervención propia e independiente de cada una de las partes, tal y como autoriza el Art. 13.3 de la LEC.

En consecuencia, la intervención de Causa Común, asumiendo las acciones y ejercitando las pretensiones de la demanda inicialmente promovida por AUSBANC, en el mismo procedimiento, confiere la necesaria legitimación activa para poder entrar en el examen de los restantes motivos relativos al fondo del asunto.



A mayor abundamiento, no debe olvidarse que en esta clase de procedimientos es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, personado a los efectos del artículo 15 LEC, asume la posición de la inicial actora, como se pone de manifiesto con su posición en el procedimiento. Además, la legitimación activa del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos y para este tipo de acciones es propia e independiente, y no está subordinada a su previo ejercicio por otras Asociaciones con legitimación, tal y como previene el precepto citado y en Art. 16.6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Entrando en el examen de los motivos relativos al fondo del asunto, plantea la apelante la naturaleza de Condición General de la cláusula suelo, pues el Juzgador de instancia la considera como un a 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 Extremadura.

Según se desprende del Art.1 de la LCGC y considera la doctrina más autorizada, la Condición General de la Contratación se caracteriza por la siguientes notas: a) predisposición por una de las partes: una cláusula es predisuestas 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 los dispuesto en el Art. 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 han sido objeto en cada caso de una negociación individualizada con el consumidor, y para ello se apoya en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los préstamos hipotecarios, de cuyo contenido se deriva que la inclusión de la cláusula de limitación a la variación del interés variable pasa por su previa negociación individualizada con el cliente, por lo que no puede considerarse predispuesta ni impuesta por la entidad bancaria.

Pues bien, 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 Art. 4 párrafo de la misma norma, pues como señalan varias sentencias, entre otras, la SAP Madrid 10 de octubre de 2002, la existencia de disposiciones administrativas como la 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 OM 1994. Así se pronuncia la STS de 2 de marzo de 2011 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 26/1984, 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 1994, 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 Art. 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 7/1998, 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".

En tal sentido la Exposición de Motivos La 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 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.

CUARTO.- Ciertamente, el Art. 3 de la OM citada impone a la entidad financiera la obligación de entrega un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios; folleto que tendrá carácter informativo, y el Art. 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o notificarle la denegación del préstamo. Así mismo, el Art. 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 Art. 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.

Ahora bien, a la luz de referidos preceptos se puede constatar que la citada Orden tiene un alcance meramente formal tendente a promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de las 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 Art. 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, dicha prueba no ha tenido lugar, antes al contrario basta examinar las mismas incorporadas a distintas escritura de hipoteca, para poder comprobar que, salvo la pequeña diferencia entre el límite suelo, el resto del contenido de las cláusulas redactadas e impuestas por la entidad bancaria, es idéntico, lo que significa que si el cliente quiere obtener el correspondiente préstamo hipotecario, necesariamente tiene que aceptar las cláusulas cuya nulidad se postula, además de otro tipo de obligaciones, como la contratación de seguros de muy diversa naturaleza etc., que no son del caso.

Como dice la Sentencia del Juzgado Mercantil de León de 11 de marzo de 2011 , el examen del la OM de 1.994 presupone que las citadas cláusulas son redactadas previamente por la propia entidad financiera, debiendo añadirse que la misma Orden también se refiere a las cláusulas de redondeo, respecto de las que el Tribunal Supremo ha considerado que se trataría de una condición general de la contratación. SSTs de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 .

A lo dicho anteriormente 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 escritura 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.

En definitiva, ni lo dispuesto en tan repetida Orden Ministerial, ni lo dispuesto en el Informe del Banco de España a que se refiere la recurrente acreditan que no se trata de una Condición General de la Contratación, sino todo lo contrario, concurriendo todos los requisitos del Art. 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.

QUINTO.- En segundo lugar, sobre la naturaleza de la Condición General de la Contratación alega la parte apelante que, en todo caso, la limitación a la variación del tipo de interés variable no puede considerarse Condición General de la Contratación pues al recaer sobre un elemento esencial del contrato como es el precio, es libre y conscientemente aceptada por el consumidor.

Esta ha sido una de las cuestiones suscitadas en estos supuestos, es decir, de una parte, si el hecho de que una cláusula contractual se refiera a un elemento esencial del contrato, implica que en todo caso se tratará de una cláusula individualmente negociada, y de otra, si el control de abusividad puede extenderse a aquellas cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Es cierto que 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 citadas en el recurso, como AP Sevilla de 7 de octubre de 2011 .

Sin embargo, esta Audiencia Provincial entiende más ajustada a Derecho la doctrina mayoritaria, que además, está avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Han sido reiteradas las sentencias del Tribunal Supremo, remitiéndose a la sentencia del TJCE de 3 de junio de 2010 , según la cual, un tribunal nacional puede apreciar en cualquier circunstancia el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera al objeto principal de ese contrato, incluso cuando esa cláusula ha sido redactada de antemano por el profesional de una manera clara y comprensible. El TS ha declarado que es indiferente que la cláusula se refiera a un elemento esencial del contrato como es el precio a efectos de considerar su carácter abusivo. Es decir, aunque la cláusula se refiera al precio mismo del contrato (elemento esencial, por tanto), ello no impide que podamos estar ante una condición general no negociada individualmente, y deberemos estar a cada caso concreto.

Señala la STS de 30 de noviembre de 2001 que "De un mínimo conocimiento de la realidad social, a la que esta Sala no puede ni debe permanecer ajena, (artículo 3.1 del CC), demuestra que en la práctica de los préstamos hipotecarios su concesión por los Bancos se condiciona a que los prestatarios concierten un seguro de vida o de amortización que refuerza notablemente la garantía", lo que nosotros anteriormente hemos considerado como un hecho notorio.

La sentencia de la AP Madrid de 21 de febrero de 2006 dice que "una condición es precisamente general porque se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio, sin perjuicio de que haya casos en que a ciertos clientes y por sus propias cualidades y condiciones que interesen al banco, éste permita su matización o adaptación oportuna al caso". Sentencia de la AP de Asturias de 14 de abril de 2.000 .

Finalmente, este también es el criterio seguido por el Juzgado de instancia, cuya sentencia revisamos, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla en sentencia de 30 de septiembre de 2.010 ; el Juzgado de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2.011 ; el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga; el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, y el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid.

Como señala el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, incluso en el informe del Banco de España sobre estas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable que han impuesto sólo determinadas entidades bancarias -que no son mayoría-, por mera decisión empresarial y de forma predeterminada, no pudiendo siquiera el Director de la sucursal que trata con el consumidor alterar su aplicación si viene exigida desde la central, debiendo el cliente adherirse a ellas si desea concertar el contrato de préstamo hipotecario, y además sólo suponen ventaja real para la entidad bancaria y ninguna para el cliente, es innegable que no podemos referirnos a ellas como "elementos esenciales del precio mismo, libremente acordado por las partes", sino que nos hallamos ante verdaderas Condiciones Generales de la Contratación.

En términos parecidos se pronuncia la SAP Madrid 22 de marzo de 2007 , que rechaza la doctrina contraria a considerar condiciones generales las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato, diciendo que "Debe considerarse no obstante que no existe fundamento para excluir las cláusulas que recogen elementos esencial del contrato del concepto de condiciones generales, que se definen formalmente y no por su contenido, en cuanto este no distingue entre elementos esenciales, accesorios o secundarios». Añade que "La exención de control de las condiciones generales relativas a elementos esenciales no viene dada porque no



tengan tal carácter de condición general, dado que se definen formalmente y no por su contenido, sino por la exclusión que deriva de la interpretación conforme a la Directiva. Esto no las excluye del control de inclusión y de transparencia, conclusión a la que igualmente se llega de aplicar los Arts. 5.5 y 7 LCGC y 10.1.a) LCU."

SEXTO.- De otra parte, 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 accesorias, 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.

Finalmente, si la entidad recurrente afirma que esta concreta cláusula fue conocida, negociada y aceptada previamente a la firma de las escrituras públicas por los clientes de forma individual, cuando ello es negando, corresponde a la propia Caja la carga de dicha prueba, pues en esta materia las específicas reglas de la carga de la prueba que rigen en la materia se encuentran 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".

En los supuestos examinados, a la luz de las pruebas practicadas debemos concluir que CAJA EXTREMADURA no ha conseguido acreditar que se hubiera informado, negociado, ni menos aún aceptado dicha cláusula de límites "suelo-techo" con sus clientes, pues no se ha aportado ni un solo documento de negociaciones previas a la firma de las escrituras públicas.

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos anteriormente, debemos concluir que nos hallamos ante verdaderas Condiciones Generales de la Contratación, no negociadas individualmente e impuestas por la entidad bancaria demandada a las partes que contrataron con la misma os contratos de préstamo hipotecario que se reseñan en la demanda.

El motivo se desestima.

SEPTIMO.- El segundo motivo sobre el fondo del asunto, se refiere a que los pactos a la variabilidad del tipo de interés son conformes al principio de libertad de pacto, sin que causen desequilibrio entre las partes, ni tengan la consideración de abusivas, pues la determinación del precio de los préstamos y su configuración está presidida por el principio de libertad, proclamado en el Art. 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. Así mismo, considera que los pactos de limitación del interés de los contratos de Caja de Extremadura limitan la variación del interés aplicable tanto al alza como a la baja. De este modo, el límite mínimo de variabilidad del interés aplicable se establece a favor del Banco y el máximo a favor del prestatario, con lo que se garantiza la reciprocidad: a la obligación del prestatario de retribuir el interés del límite mínimo se le une el derecho a no retribuir por encima del interés del límite máximo, y lo mismo sucede con relación a la entidad bancaria, garantizándose pues la correspondencia entre derecho y obligación.

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 o carentes de reciprocidad.

En el supuesto examinado las cláusulas cuestionadas son las siguientes:

1.- "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 aplicables:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 5% NOMINAL ANUAL"



2.- "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:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 4,75% NOMINAL ANUAL".

3.- "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:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 4,5% NOMINAL ANUAL".

4.- "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:

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 4,00% NOMINAL ANUAL

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12,00% NOMINAL ANUAL".

5.- "En todo caso se establece un tipo mínimo de interés del tres coma cuarenta y cinco por cierto y un tipo máximo de interés del doce por cierto".

6.- "Por último también acuerdan modificar el límite de tipo mínimo de interés, estableciéndose que a partir de la firma de lo presente escritura, el tipo de interés mínimo será del 3,85%".

7.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad, se establecieron como límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÍNIMO... DOS COMA CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO POR CIENTO NOMINAL ANUAL.

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... DOCE POR CIENTO NOMINAL ANUAL", y

8.- "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:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS... 5% NOMINAL ANUAL".

Pues bien, nadie ha puesto en duda la legalidad de dichas cláusulas pues, ciertamente, su contratación está sujeta al principio de libertad, proclamado en el Art. 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 1994 sobre transparencia bancaria.

Ahora bien, ésta no es la cuestión, pues como hemos visto, para la validez de dichas cláusulas se exige 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. En tal sentido se establece la obligatoriedad de la " oferta vinculante " del artículo 5 de la OM, y se recoge el derecho del consumidor a examinar en los tres días anteriores a la firma el proyecto de la escritura; derecho que sin duda por desconocimiento y ausencia de toda información, posiblemente no haya sido ejercido por ningún cliente de una entidad bancaria de nuestro país, de los millones de préstamos hipotecarios que se hayan podido contratar.

Con la finalidad de garantizar este derecho la propia OM en su artículo 7.3.2 letra c) ordena al Notario que advierta al consumidor de la posible existencia de desproporciones o pactos abusivos en el contenido de la escritura, y en concreto, al tratar las cláusulas limitativas a los tipos de interés variable, indica: "En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes".

Es la propia norma 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 la práctica como hemos señalado, pues han sido impuestas de forma unilateral por las entidad bancaria.

2º) Se reflejen debidamente en el contrato, como sucede en los supuestos sometidos a nuestra consideración, pues así constan en las escrituras públicas otorgadas a tal efecto, pero no consta en ninguna oferta vinculante o documento privado previo.



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 ninguno de los supuestos examinados 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.

OCTAVO.- Por tanto, no se 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 fija un mínimo de hasta el 5%, 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.

Las cláusulas sometidas al control judicial acompañadas a la demanda no solo son absolutamente desproporcionadas, imponiendo un "límite suelo" excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza hasta el 5% en evidente perjuicio del particular, sino también se trata de cláusulas abusivas, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha limitado en unos intereses del 12%, absolutamente inimaginables en las fechas que se firmaron las cláusulas que nos ocupan, como inimaginables en la actualidad.

En estos casos el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente perjuicio para el mismo, pues se 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%, que desde que se firmaron hasta la actualidad son absolutamente inoperante para el consumidor, de modo que se les ha impuesto unas cláusulas "suelo" sin reciprocidad alguna.

Referidas cláusulas resultan abusiva por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5% nominal anual, que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década.

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

Dispone al efecto el artículo 8.1 de la Ley 7/98 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que "Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Y añade en su apartado segundo que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, 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 1/2007, 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".

NOVENO.- En definitiva, el conjunto de las pruebas practicadas ponen de relieve la falta de semejanza entre las limitaciones al alza y a los límites a la baja practicadas por CAJA EXTREMADURA en los préstamos hipotecarios suscritos a interés variable a que se refiere la demanda, hasta el punto, que afecta a la propia sustancia del contrato, pues se configura y pacta por las partes a interés variable, y después se le ponen unos límites por abajo tan altos, que de haberlo conocido los clientes le hubiera sido más beneficioso pactar un interés fijo.

Esto es así, porque las cláusulas suelo se han mostrado efectivas prácticamente desde el inicio de los contratos hasta la actualidad, liberando a la entidad bancaria del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, mientras que los prestatarios no verán cubierto su riesgo de tener que afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor. Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas, que no se ven compensadas con límites superiores (techos) que protejan de una manera efectiva y real a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado; requisitos que no concurren 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% que de acuerdo con lo dicho anteriormente no puede considerarse potencialmente real.

En definitiva, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

DECIMO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de esta alzada no se imponen a la parte apelante no obstante desestimarse el recurso, pues estamos ante una cuestión que presenta a las partes serias dudas de hecho y de Derecho, con resoluciones judiciales contradictorias, que no se despejarán hasta que se pronuncie nuestro Tribunal Supremo, lo que permite aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo.

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

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA** contra la sentencia núm. 137/11 de fecha 10 de octubre dictada por el Juzgado de Primera Instancia y Mercantil núm. 1 de Cáceres en autos núm. 542/11, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** expresada resolución; sin imposición de costas.

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.

Voto particular

que suscribe la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO en relación a la Sentencia núm. 236/12, de 24 de Abril, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres en el Recurso de Apelación nº 152/12, dimanante de Juicio Verbal núm. 10/11 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres.

La referida sentencia de cuya fundamentación y fallo discrepo, con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, resuelve desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA/LIBERBANK, S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y Mercantil número 1 de Cáceres, declarando en consecuencia la nulidad de las cláusulas que se impugnaban en las que se establece un límite mínimo y máximo a la variabilidad del tipo de interés en los contratos de préstamo celebrados por dicha entidad bancaria con consumidores y usuarios.



Comparto la opinión de la mayoría sobre la desestimación de los motivos de apelación referidos a la falta de legitimación activa de los demandantes, y al carácter de condición general de las cláusulas impugnadas. El presente voto particular se refiere a la calificación que se hace de estas cláusulas como abusivas, en concreto a los fundamentos jurídicos sexto, séptimo, octavo.

En relación al carácter abusivo de las cláusulas que establecen o un tipo mínimo de interés o una cláusula de tipo mínimo de referencia, planteo las siguientes consideraciones, a saber:

Primera .- Cuando quien se adhiere a las condiciones generales (como lo son las cláusulas impugnadas) es un consumidor, resulta de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, teniendo carácter preferente, pues el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite a la LCU, en lo que se refiere al examen del contenido de las cláusulas, considerando nulas las condiciones abusivas cuando el contrato se hubiera celebrado con un consumidor. Conforme al artículo 82 LCU, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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. Por tanto, el carácter de condición general no determina por sí que las cláusulas sean abusivas.

Segunda .- La doctrina ha señalado que el control de las condiciones generales impuestas a un consumidor puede hacerse desde el punto de vista del consentimiento, o desde el punto de vista del equilibrio contractual. El primero es un control de inclusión, un control formal, que garantiza la que las referidas cláusulas sean comprensibles e inteligibles, y el segundo, un control de contenido, que se articula en torno a la cláusula general, mediante la cual se define qué es una cláusula abusiva, regla que se complementa con un elenco de cláusulas tipo que son, o pueden ser consideradas, abusivas.

El primero tiene por finalidad garantizar que el lenguaje utilizado sea claro y comprensible, sea legible y que se hayan puesto a disposición del consumidor de manera que tenga la oportunidad real de conocerlas antes de la conclusión del contrato. De manera que, si no se han respetado todas estas garantías, el consentimiento estaría viciado, debiendo interpretarse siempre las cláusulas no negociadas en el sentido más favorable al consumidor y siempre en el litigio individual que pueda plantearse para impugnarlas (STJCE, sala 1ª, 9.9.2004, Asunto C-70/03 , Comisión/España).

El segundo tiene como finalidad velar por el equilibrio de las prestaciones, y es un control del contenido de la cláusula y no de la formación del consentimiento del consumidor. A este segundo se refiere la acción de cesación planteada.

Tercera .- En este procedimiento se pretende que se declare la nulidad de determinadas cláusulas generales que se transcriben en la sentencia, y, además, entre otros pronunciamientos, que se condene a la entidad demandada a eliminar de los contratos de préstamo hipotecario que suscriba, las condiciones generales que se impugnan y cualquier otra que establezca el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario y a abstenerse de utilizarlas en los sucesivos. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula que limita la variación de los tipos de interés estableciendo un tipo mínimo no es nula por sí misma, estando incluso reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, para declarar su nulidad es preciso que sea abusiva, en la medida en que suponga un desequilibrio en las prestaciones de las partes.

Cuarta .- La demanda fundamentaba el carácter abusivo de las cláusulas impugnadas en el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y en la falta de reciprocidad. Así, se decía que los clientes de la entidad demandada sufren un importante desequilibrio en las prestaciones que se concreta en cuotas hipotecarias muy superiores a las establecidas en función del subyacente (Euribor + diferencial), y además, un perjuicio claro y evidente añadido, ya que al pagar más interés se amortiza menos capital, con lo cual no se amortiza todo el capital que debiera. Se señala que en los préstamos a tipo de interés variable éste se determina mediante un tipo o índice de referencia que es un tipo de interés oficial o no, que va fluctuando y variando en el tiempo, que está identificado en la escritura de préstamo hipotecario siendo el más frecuente el euribor a un año, y un diferencial que es una magnitud expresada en puntos porcentuales que se adiciona al tipo de referencia, de manera que al sumar éste al tipo de referencia resulta el interés a aplicar al préstamo. Y, en las cláusulas impugnadas se añade un límite, de manera que si el tipo de interés calculado de esta forma es inferior a uno determinado y previsto como tipo mínimo de interés, se aplicará éste y no aquél (efecto de la cláusula suelo). O, también, se establece que si el tipo de referencia se sitúa por debajo de de un determinado tipo o porcentaje, se utilizará este último como tipo de referencia al que sumar el diferencial. Añade que, si el consumidor comprendiera realmente lo que firma o pudiera negociarlo, no aceptaría estas cláusulas porque suponen asumir por parte del prestatario un coste financiero mínimo en concepto de intereses que está por encima del nivel de los tipos de interés del momento en que se realiza el pago. Ni la cláusula de mínimo de



interés, ni la de tipo mínimo de referencia, representan ningún beneficio para el consumidor o usuario, que en nada se favorece por ellas, sino al contrario, su aplicación siempre será lesiva para él.

Quinta .- Pues bien, a la vista de los razonamientos expuestos se comprende que se utilizan dos tipos de argumentos para impugnar las cláusulas que establecen un tipo mínimo de interés en los contratos de préstamo hipotecario celebrado con los consumidores, ya que la parte actora se refiere tanto al desconocimiento por el consumidor del alcance de las cláusulas que asumió en sus contratos, como al equilibrio de las prestaciones. El primer argumento no puede ser admitido en este procedimiento en el que se ejercita una acción colectiva de cesación en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, pues únicamente podría ser enjuiciado de forma individual para cada contrato concreto y no con carácter general para todos los contratos suscritos por la entidad demandada, ya que no puede presumirse el vicio del consentimiento en todos ellos. En consecuencia, toda referencia acerca de la percepción del consumidor sobre la cláusula como accesorio o sobre la falta de información de la desproporción, no puede admitirse a la hora de valorar el carácter abusivo o no de las citadas cláusulas, sin perjuicio de que pueda ejercitarse la acción correspondiente en cada caso concreto.

Sexta .- Constituye por tanto el objeto de este procedimiento determinar si la inclusión de las cláusulas que limitan la variabilidad de los tipos de interés supone un desequilibrio o falta de reciprocidad para las partes del contrato, y en concreto, si lo implica el establecimiento de un tipo mínimo de interés tal y como se pretende en la demanda.

Debe recordarse, nuevamente, que no puede discutirse la legalidad de las cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés. Como tales, se establecen por la entidad bancaria en el ejercicio de su actividad en el mercado en régimen de libre competencia, en el que puede determinar un tipo de referencia u otro, o un mayor diferencial, sometida sólo a los límites de transparencia y claridad y a las normas que prohíben que se establezca un interés usurario. El tipo de interés por tanto, se fijará por las partes en función de la situación del mercado y de la libre competencia, rigiendo el principio de libertad en la negociación, conforme a lo dispuesto en el artículo 315 del Código de Comercio . En consecuencia, la afirmación de la parte actora de que no puede establecerse un tipo mínimo fijo de interés no puede ser admitida.

Séptima .- Teniendo en cuenta lo anterior, las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés sólo podrían ser consideradas abusivas, cuando supongan, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y en perjuicio del consumidor. Es decir, cuando supongan la generación a favor de la entidad bancaria de una situación beneficiosa no reconocida en términos equivalentes al consumidor y que no tenga reflejo en el resto de los elementos del contrato.

En el caso de autos, en las cláusulas impugnadas se establece un tipo mínimo y máximo de interés, por lo que, en principio, no puede considerarse que el establecimiento del tipo mínimo perjudica al consumidor ya que de la misma manera, se ha establecido un tipo máximo que le puede beneficiar.

Octava .- Si por lo tanto, las cláusulas que limitan el tipo mínimo de interés variable no son nulas *per se* , su carácter abusivo por implicar un desequilibrio entre las partes tendrá que determinarse valorando todas las circunstancias que concurran en cada contrato concreto de forma conjunta, y entre ellas, cuáles sean los límites de interés mínimo y máximo que se hayan establecido. El control que puede hacerse al amparo de lo dispuesto en los artículos 82 y 87 de la LCU es un control de la correcta distribución de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, "de forma que, en contra de las reglas de la buena fe, se imponga a una parte obligaciones a su exclusivo cargo, de cuyo cumplimiento se exonera a la contraria, o bien se atribuye al predisponente derechos o facultades no reconocidas al adherente" (sentencia del Juzgado Mercantil número 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011).

Por tanto, el desequilibrio vendría determinado por las diversas circunstancias que concurran en cada contrato, siendo una de ellas, la desproporción entre la limitación al alza y a la baja del tipo de interés, y sobre este respecto debe tenerse en cuenta el informe del Banco de España BOGG, de 7 de mayo de 2010, que señala la enorme dificultad que existe para determinar la proporcionalidad entre cláusula suelo y techo, que "requiere el análisis de las circunstancias de cada caso, ya que la proporcionalidad está vinculada al precio del producto y este viene determinado por un conjunto de elementos (índice, diferencial, frecuencia de las revisiones, plazo, vinculación exigida, etc.) diferentes para cada préstamo y relevantes en cada momento. En todo caso, la proporcionalidad de una cláusula que incluya simultáneamente acotaciones a las variaciones de un índice de referencia, incluso valorada aisladamente y relacionada exclusivamente con su duración, sólo podría determinarse -aún en la hipótesis de equiparar proporcionalidad y precio cero- a partir del conocimiento de la fecha de formalización del contrato, pues depende de las expectativas que existan sobre la evolución



y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

Así lo pone de manifiesto la citada sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Alicante, que señala que la supresión de la cláusula suelo y el mantenimiento del tipo de interés variable, sin ninguna limitación, podría determinar que el banco necesitase acudir a un porcentaje mayor de beneficio para que le pueda resultar rentable la operación, valorando los posibles riesgos de impago y reducción de los tipos de interés. Y que, precisamente la existencia de ese suelo ha permitido otorgar un préstamo con un interés inferior al que se habría pactado en caso de no existir.

No obstante lo anterior, en el presente caso se da por supuesto que el desequilibrio se produce por la diferencia existente entre el tipo mínimo de interés y el máximo, sea cual sea el porcentaje establecido como suelo, pues del examen de las cláusulas impugnadas se puede comprobar que en unas se establece un tipo mínimo del 5 por ciento, pero en otras es del 3,45 por ciento o del 2,468 por ciento, siendo común a todas ellas el tipo máximo del 12%.

Por ello, si se considera que la desproporción radica en el tipo máximo de interés pactado en las cláusulas objeto de este proceso, cabe señalar que se encuentra por debajo de la media señalada en el informe del Banco de España, circunstancia que es relevante a la hora de valorar si existe o no el desequilibrio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de marzo de 2012 , que anula una cláusula en la que se establece un tipo máximo del 17,50%). Además, teniendo en cuenta la duración de los préstamos hipotecarios (hasta cuarenta años) y la imposibilidad de determinar en qué medida variarán las circunstancias económicas, no puede afirmarse que exista falta la reciprocidad económica y una desproporción evidente en el establecimiento de un techo del 12 por ciento, como han declarado las sentencias del Juzgado de Primera Instancia número 4 y Mercantil de Jaén de fecha 7 de febrero de 2012 , la del Juzgado Mercantil número 9 de Madrid, de fecha 8 de septiembre de 2011 ; del Juzgado Mercantil número 2 de Alicante, de 23 de junio de 2011 ; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de fecha 7 de octubre de 2011 , o de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 2 de febrero de 2012 .

Novena .- La carga de la prueba de dicho desequilibrio, incumbía a la parte actora, y, si como se ha dicho, no puede declararse la nulidad de estas cláusulas con carácter general, debería haber probado el desequilibrio concreto sufrido por los consumidores según el tipo de cláusula utilizada en cada contrato, y sin que sea suficiente por lo que se ha expuesto alegar la diferencia existente entre el tipo mínimo y máximo, ya que, en las distintas cláusulas impugnadas el tipo mínimo de interés varía considerablemente (del 2,468 por ciento en unas, al 5 por ciento en otras), y, en relación al máximo se encuentra por debajo de la media señalada por el Banco de España, y además, no existe criterio alguno para valorar si durante el tiempo de duración de los contratos de préstamo hipotecario se podría superar o no. Por ello, de todo lo actuado no puede deducirse dicho desequilibrio contractual, y la afirmación de que los consumidores no se benefician de las bajadas del euribor no es suficiente al estar permitido legalmente que se establezcan limitaciones a la variabilidad de los intereses variables, pues si el tipo mínimo debiera ajustarse en todo caso al euribor aplicable en cada momento se suprimiría la posibilidad de limitar el tipo mínimo de interés que, como se ha reiterado, está admitida en nuestro ordenamiento, pues persigue una finalidad legítima cual es reducir el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas. La falta de prueba al respecto debe perjudicar a la parte actora, debiendo desestimarse su pretensión de que se declare la nulidad de las cláusulas impugnadas.

Por todo ello y a modo de **CONCLUSIÓN** :

Considero que las cláusulas impugnadas no son abusivas y por ello, el recurso debió estimarse parcialmente, de manera que declarando la legitimación de la parte actora y el carácter de condición general de la contratación de las mismas, se desestimase las pretensiones ejercitadas en la demanda relativas a la nulidad de dichas cláusulas, la condena a la entidad demandada a eliminarlas de sus contratos, y publicación del fallo de la sentencia e inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la contratación.

Cáceres a veinticuatro de Abril de dos mil doce.

Fdo.: MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO.