

Roj: **SJPI 335/2012 - ECLI: ES:JPI:2012:335**Id Cendoj: **23050420042012100002**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Jaén**Sección: **4**Fecha: **25/04/2012**Nº de Recurso: **433/2011**Nº de Resolución: **87/2012**Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **LUIS SHAW MORCILLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de 1ª Instancia número 4

y de lo Mercantil

Jaén

SENTENCIA N° 87/12

En Jaén a veinticinco de abril de 2012.

Vistos y examinados los presentes autos mercantiles n° 433/11, de juicio ordinario por D. Luis Shaw Morcillo, magistrado-juez del Juzgado de 1ª Instancia número 4 y de lo Mercantil de Jaén y su partido; seguidos a instancia de D. Remigio y Dª Paula, representados por la procuradora Dª Mª Cristina León Obejo, y asistidos por la letrada Sra. Cámara; contra BANCO POPULAR, representado por el procurador D. José Jiménez Cózar, y asistido por el letrado Sr. Pérez de la Cruz;

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por la procuradora Sra. León Obejo se presentó demanda de juicio ordinario en representación de D. Remigio y Dª Paula contra BANCO POPULAR, haciendo constar que suscribieron contrato de préstamo hipotecario con la entidad demandada estando estipulada una cláusula suelo; alegando posteriormente los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, y terminaba con la súplica de que 1/ declare la nulidad por tener el carácter de cláusula abusiva de la condición general de la contratación descrita en la cláusula 3.3 de la escritura de préstamo aportado como documento n° 1, es decir de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de referencia del 5% 2/ Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario. 3/ Condene a la demanda a la devolución al prestatario de la cantidad de 4.012,52 euros, en concepto de la cantidad pagada de más en las cuotas hipotecarias calculada hasta la cuota hipotecaria de septiembre de 2011 inclusive en virtud de la cláusula abusiva e igualmente debe retrotraer las cantidades que la demandada vaya cobrando en exceso en las sucesivas cuotas hipotecarias con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro. 4/ Condena a la demandada al pago a favor de prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito. 5/ condene a la demandada a abonar al actor el interés legal. 6/ Se condene en costas a la parte demandada.

II.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado por 20 días de la misma al demandado para su personación y contestación, personándose representado por el procurador Sr. Jiménez Cózar, oponiéndose a las pretensiones deducidas por el actor.

III. Con fecha de 7/2/12, se celebró la audiencia previa, estimándose como única prueba la documental y quedando los autos vistos para sentencia de conformidad con el artículo 429.8 de la Ley Procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Se centra el presente litigio en la pretensión de declaración de nulidad de las cláusulas de limitación de la variabilidad de intereses (conocidas popularmente como cláusula suelo y cláusula techo) en base a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios el cual establece: "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". Y en particular lo dispuesto en su párrafo 4 el cual dispone que no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, determinen la falta de reciprocidad en el contrato".

La base de esta pretendida nulidad está, según la parte demandante, en que se trata de una condición no negociada individualmente e impuesta al consumidor para acceder al servicio, básico, de financiación de la vivienda habitual; sin que exista justificación en su imposición y provocando un desequilibrio entre los contratantes.

La cuestión es polémica y ha sido objeto de múltiples artículos doctrinales e informaciones periodísticas, habiendo recaído ya diversas resoluciones conocidas por la partes a favor y en contra de la nulidad, siendo la más destacada la SAP Sevilla 7/10/11 quizás por el hecho de revocar la resolución del juzgado de instancia y las ejecuciones que se derivaban de esta resolución; pero lo cierto es que no existe ni mucho menos un criterio unánime.

SEGUNDO.- Debe partirse de que en el contrato de préstamo el tipo de interés es una de las partes esenciales del mismo y es el precio de dicho contrato. Por el contrato de préstamo una parte entrega a otra un dinero y quien lo recibe se obliga a devolverlo (art. 1740 CCi) y puede ser gratuito, u oneroso, y en este caso, el precio, la onerosidad consiste precisamente en el interés que además va a tener que pagar el prestatario. Por supuesto la licitud de establecer un interés está fuera de toda duda (expresamente lo dice el artículo citado) y ello sea cual sea la forma de fijarse del mismo (fijo o variable) y sea cual sea su importe (siempre que no sea usurario). Y así, nadie se cuestiona la validez de una cláusula de interés fijo al 12%; podrá considerarse elevado, podrá considerarse como un mal negocio para el consumidor y una buena jugada para el prestamista, pero siempre que no entre dentro de los parámetros que la Ley Azcárate consideraba como usura o no se haya obtenido viciadamente el consentimiento, será lícito.

En consecuencia, no hay motivos para entender que si con conocimiento de lo acordado y libremente se pacta una cláusula suelo la misma deba de ser nula; lo mismo que se pacta un interés fijo elevado puede pactarse un interés variable y un fijo a la vez; es decir, el interés fijo es lícito, sea cual sea su cuantía, por la misma razón debe de serlo un pacto que fije un interés variable hasta determinado porcentaje y un fijo a partir de ese porcentaje. Si no se cuestiona la validez de una cláusula del 5% como interés fijo ¿Por qué iba a cuestionarse en caso de que se establezca como variable hasta ese punto? Por tanto, aunque más tarde se volverá a analizar este tema, con carácter general no puede señalarse que estas cláusulas sean abusivas.

Es por ello que el fundamento para la nulidad de las cláusulas suelo suele pretenderse en cuanto que no tenga una contrapartida proporcional a favor del consumidor. Se indica por la doctrina que si existe suelo pero no techo, la cláusula suelo debe reputarse siempre abusiva por falta de reciprocidad; pero aún cuando se admitiera que cláusula suelo y techo son prestaciones recíprocas ¿sería abusiva la cláusula única de suelo cuando se pactase un interés por debajo del Euribor pero nunca inferior al 2%? Seguramente no, pero aquí se diría que la reciprocidad no está relacionada con la ausencia de techo sino con este interés por debajo del Euribor.

Además en el ordenamiento jurídico, la legalidad de estas cláusulas se deriva igualmente de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011 prevé que éstas puedan existir, al recogerlas en la Sección 2ª, en su apartado de "Características principales del préstamo", en los siguientes términos: "En esta sección se explicará también si el tipo de interés es fijo o variable y, en su caso, los periodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos". Y en igual forma, la licitud de estas cláusulas la resalta el informe del Banco de España remitido al Senado disponiendo que "El ordenamiento jurídico consagra la licitud de las cláusulas suelo con tal de que cumplan los requisitos de transparencia previstos en la Orden. Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios".

Pese a todo se ha defendido doctrinalmente la nulidad per se de estas cláusulas, indicándose que aún cuando sean claras y comprensibles, una cláusula que incida sobre el precio se produce un efecto sorpresivo que la misma pueda provocar al consumidor, puesto que dicha sorpresa no deriva de una falta, de claridad en la redacción de la cláusula, sino de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario. No puedo compartir esta opinión;



fuera de los supuestos de obtención viciada del consentimiento, ciertamente el consumidor se puede ver perjudicado por una evolución de tipos de interés que no esperaba pero ello no puede implicar más nulidad de un contrato que la que podría aducir un arrendatario ante la subida anual del IPC que le incrementa la renta a pagar.

El hecho de perder dinero porque las circunstancias evolucionen de forma diferente a las previstas no supone el carácter abusivo de la cláusula que fija el interés a pagar; este abuso debe versar sobre las cualidades o condiciones existentes al tiempo del consentimiento, ya que los futuros contingentes no son susceptibles de verdad o falsedad en el momento de celebrarse el contrato. Pone el magistrado Sr. Regadera Sáez el siguiente ejemplo podría anularse por error la compraventa de acciones de una sociedad si en el momento de la compraventa el balance de la misma no reflejaba fielmente la situación económica societaria, pero no puede anularse la compra de instrumentos financieros cuyo valor se hunde como consecuencia de los riesgos inherentes del mercado" y en tal sentido STS de 5 de abril de 2006. Y es que es diferente el error que haber hecho un mal negocio. Puede que en el momento de perfeccionarse el contrato la parte considerar que hacía un negocio próspero, pero circunstancias concomitantes lo convierte en un negocio pésimo. Sólo habrá lugar a la impugnación del contrato si la representación del "buen negocio" se basó en la información defectuosa que prestó la otra parte. En otro caso, si la información fue completa y adecuada, deberá soportar el error inherente a las circunstancias quien padece no error sino las consecuencias del riesgo conscientemente aceptado. Y desgraciadamente hoy vemos una situación similar, donde inmuebles que se adquirieron a un precio determinado valen hoy mucho menos por mor de la crisis inmobiliaria, viéndose el propietario obligado a abonar un préstamo hipotecario superior al precio de la vivienda, cuando no desalojado por no hacer frente al pago de la misma; se trata de una situación a la cual quizás deba el legislador buscar una salida, pero la compraventa no por ello fue abusiva.

TERCERO.- Así el carácter abusivo de estas cláusulas, al no serlo de forma general, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato (y en particular la cláusula techo). También habría de tenerse en cuenta cuando se trata de valorar si estos pactos son abusivos, si la formación de la voluntad del prestatario ha sido libre, pero en el supuesto de autos no procede entrar en su estudio pues no se ha aducido ningún vicio en la prestación del consentimiento derivado de error o dolo.

Como he indicado, y así lo recoge la mencionada sentencia de la audiencia de Sevilla, estas cláusulas de fijación del tipo de interés son esenciales en el contrato de préstamo, elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. No tienen pues un carácter accesorio estos pactos por lo que difícilmente pueden constituir una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato, precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo; y varían de un sujeto a otro. Se trata de un pacto que fijan en definitiva el beneficio a obtener por el banco lo cual por supuesto es lícito pues no es su función la beneficencia sino el negocio), que sólo forman parte del contrato tras la información previa al prestatario, y que además no está obligado a aceptar pues la oferta hipotecaria isa amplia de forma que no necesariamente debe comprar ese producto a ese banco (el informe del Banco de España refleja que. "el 71% de la cartera encuestada no tiene restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí que tiene limitaciones, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tiene limitaciones la subida").

Este carácter de precio determina según el informe del Banco de España que conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no pueda ser objeto de control sobre su carácter abusivo pues dice tal precepto que: "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, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». No obstante, las sentencias del Tribunal Supremo 4/11/10 y 29/12/10 señalan que "...resulta indiferente si se trata, o no de fijación del precio porque la sentencia del TJUE 3/6/10 ha resuelto, en interpretación del art. 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo 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 o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

CUARTO.- Por tanto, si se trata de una cláusula válida y en principio es lícito su control, la cuestión del abuso estaría en la falta de reciprocidad y no es un aspecto fácil de resolver y sobre el que tampoco se han aducido al instarse la nulidad. Esto es, si la base de la nulidad es que el cliente ha pactado un suelo y un techo muy alto, de manera que el Interés fácilmente va a estar por debajo del pactado como suelo y nunca por encima del pactado por el techo. Cuándo no existirá esa falta de reciprocidad? ¿Qué interés debe fijarse como suelo



y cual como techo para que exista parecida posibilidad de rebasar uno y otro? Mirando hacia atrás puede ser fácil de resolver, digamos, entre el 1% y 4% para los cinco años anteriores; pero, como aduce la demandada, estos contratos se hacen para veinte, treinta o cuarenta años, y no parece que sea fácil decir si dentro de 10 años un suelo del 4'5% es alto o un techo del 12% es bajo.

Este hilo argumental lleva en definitiva a preguntarse si es ciertamente carente de reciprocidad este pacto, porque quizás hoy lo sea pero tal vez no lo sea dentro de diez años; y sin que se trate de un supuesto de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles donde quepa aplicar la cláusula rebus sic stantibus para solicitar el reequilibrio de las prestaciones pues el devenir del tipo de interés nos acredita supuestos de interés muy por encima del mencionado 12 %

Por otro lado, como indica la SJM ALICANTE nº 23//6/II acudiendo a la interpretación del conjunto de la relación contractual que exige la LGDCU, la supresión de la cláusula suelo y el mantenimiento del tipo de interés variable, sin ninguna limitación, podría determinar que el banco necesitare acudir a un porcentaje mayor de beneficio para que le pueda resultare rentable la operación según los criterios de su política empresa, valorando los posibles riesgos de impago y reducción de los tipos de interés. Esto es, la ausencia de reciprocidad no puede verse únicamente en comparación de las cláusulas suelo y techo, sino que podría ser precisamente la existencia de ese suelo el que ha permitido otorgar un préstamo con un interés inferior al que se habría pactado en caso de no existir; y tal vez, precisamente ese suelo está beneficiando al consumidor al pagar menos interés al menos mientras no bajen a ese nivel los tipos (y es lo que se indicaba con el ejemplo expuesto en el párrafo 2º).

QUINTO.- Y es que, como indica la sentencia de la Audiencia de Sevilla, la cuestión es que no hay reciprocidad de prestaciones. Y así "El préstamo es un contrato unilateral, pues uno de los contratantes es acreedor y el otro deudor; entregado el dinero, sólo el prestatario queda obligado a restituir el capital recibido junto con los intereses pactados. Cuando la LCU se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, es decir, a aquella propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de una de las partes se corresponde otra obligación del otro contratante. El contrato de préstamo es un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista, sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados... La introducción de límites a la variabilidad de los tipos que reduzca el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas, no es un pacto que se corresponda con ninguna otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación en el contrato de préstamo, insistimos, es la de entregar al prestatario el dinero. A partir de ahí ninguna otra obligación tiene con éste...El equilibrio al que el art. 32.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato.. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente... No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase...Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato...Pudiendo pactar unos intereses variables sin cláusulas de limitación, opta porque su contrato contenga tales límites para que en definitiva, el precio del contrato, el interés que tiene la obligación de abonar por el dinero recibido, quede configurado de una determinada manera, aceptando que en todo caso tendrá que abonar un precio mínimo pero que tampoco se sobrepasará un precio máximo, sean las que sean las condiciones del mercado".

Por tanto, si por si sola la cláusula suelo no puede considerarse abusiva, ni puede proclamarse tal carácter por comparación al techo, la única posibilidad sería a través del control sobre el precio que pudiera realizar el tribunal. Como se ha recogido anteriormente la STJCE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid contra Ausbanc) ha resuelto que indica que el art. 4.2 de la directiva 13/1993 no se opone, por lo tanto, a una legislación nacional como la española que, en aras de una mayor protección de los consumidores, autorice 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 precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Sin embargo, se reitera una vez más, fuera de los supuestos de vicios del consentimiento o de usura, el control de contenido de las cláusulas relativas al precio no está atribuido como una facultad de los tribunales. En nuestro ordenamiento jurídico el precio no tiene porque ser justo, este se pacta libremente entre las partes y en modo alguno el juzgador puede entrar a conocer si quien se compró un coche, una camisa o un inmueble pagó más o menos de lo que en realidad valía; y de la misma forma ante un contrato de préstamo libremente no cabe declarar si es o no abusivo el interés pactado, el precio del préstamo (sin perjuicio de los supuestos de rebús sic stantibus, que no es el caso).



SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y dada la complejidad de la cuestión al existir posiciones contradictorias no procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general ' pertinente aplicación.

FALLO

Que debía desestimar y desestimaba la demanda presentada en representación de D. Remigio y D^a Paula contra BANCO POPULAR.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución, cabe recurso de apelación ante la Itma Audiencia Provincial de Jaén, debiendo interponerse en el plazo de veinte días, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para la admisión leí recurso deberá al interponerse consignar la cantidad de 50 euros.

Por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr magistrado-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CERO