



Roj: **SAP IB 2186/2012 - ECLI: ES:APIB:2012:2186**

Id Cendoj: **07040370052012100427**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **19/11/2012**

Nº de Recurso: **353/2012**

Nº de Resolución: **489/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA COVADONGA SOLA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00489/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL

PALMA DE MALLORCA

SECCION QUINTA

ROLLO DE APELACION NUM. 353/2012

SENTENCIA Nº 489

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a 19 de noviembre de 2012.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma, bajo el número 251/10, Rollo de Sala número 353/12, entre partes, de una, como demandada apelante **CAIXA RURAL DE BALEARS** SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, representada por el Procurador de los Tribunales DON MIGUEL SOCIAS ROSSELLÓ y asistida del Letrado DON SEBASTIAN ROMAGUERA y, de otra, como demandante apelado DON Felicísimo , representado por el Procurador de los Tribunales DON SANTIAGO BARBER CARDONA y asistido del Letrado DON CARLOS HERNÁNDEZ GUASCH.

ES PONENTE la Ilma. Magistrada Dª COVADONGA SOLA RUIZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma en fecha 2 de febrero de 2012 se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente "Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Felicísimo , contra **CAIXA RURAL DE BALEARS** SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO: 1º) DEBO DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite de las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4,5 % y cuyo contenido literal es: "EL TIPO DE INTERÉS OBTENIDO NO PODRÁ SUPERAR EL TIPO DE



INTERÉS PACTADO COMO MORATORIO NI SER INFERIOR AL 4'50 POR CIENTO NOMINAL ANUAL". 2º) y DEBO CONDENAR Y CONDENO A LA ENTIDAD DEMANDADA A LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES QUE SE HUBIEREN COBRADO EN VIRTUD DE LA CONDICIÓN DECLARADA NULA, QUE DE ACUERDO CON LAS BASES REFERIDAS EN LA DEMANDA ASCIENDEN A TRES MIL CIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (3.176'46 EUROS) POR IMPORTES ABONADOS HASTA EL MES DE JUNIO DE 2010 INCLUIDO, QUE SE INCREMENTARÁN CON LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 576 DE LA LEC A PARTIR DE LA FECHA DE LA PRESENTE SENTENCIA Y HASTA SU COMPLETO PAGO, Y LAS MENSUALIDADES POSTERIORES A RAZÓN DE 288'93 EUROS MENSUALES. 3º) NO SE IMPONEN LAS COSTAS A NINGUNA DE LAS PARTES".

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 13 de noviembre del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la actora se declare la nulidad de la "cláusula suelo" que se contiene en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre los litigantes el 29 de septiembre de 2006 y, en consecuencia, se condene a la demandada ha reintegrar las cantidades que ha pagado en exceso por aplicación de dicha cláusula, cuantificadas en el acto de la Audiencia previa en la suma de 3.176'46,- euros, hasta el mes de junio de 2010, inclusive y a razón de 288,93.- euros mensuales desde dicha fecha.

Se alega a tal fin y en esencia, que dicha limitación a la baja de las revisiones pactadas del tipo de interés es desequilibrada, en tanto que sólo beneficia a la entidad financiera; que la cláusula impugnada jamás fue objeto de negociación y aparece camuflada entre los términos de la escritura; que no formaba parte de los anuncios de la entidad demandada y en definitiva, que dicha estipulación es una condición general abusiva inserta en un contrato de adhesión.

A dicha pretensión se opuso la demandada, alegando que el préstamo hipotecario objeto de la presente litis, vino precedido de la intermediación de la inmobiliaria que asesoró al actor sobre distintas entidades bancarias para la financiación de la adquisición de la vivienda; que en todo momento fue informado de que la hipoteca mantendría un interés mínimo y máximo; que se ha cumplido por la entidad con los requisitos previstos en la OM de 12 de diciembre de 1989 y con la Circular 8/1990 del Banco de España; y que no puede considerarse la cláusula denunciada como camuflada, oculta o abusiva, pues cuando posteriormente en septiembre de 2008 se otorgó la escritura de extinción de condominio y subrogación, se volvió a hacer expresa mención de la misma.

La sentencia de instancia estimó en su integridad la demanda, contra cuyo pronunciamiento se alza la parte demandada, reproduciendo como motivos de impugnación y en síntesis los mismos argumentos esgrimidos en su contestación a la demanda.

En sentido inverso, la parte demandante se ha puesto al recurso de apelación, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida, con expresa imposición de costas al apelante.

SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate, comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000 , es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987 , 24/1996 , 115/1996 , 184/1998 , 206/1999 , 13/2001 , entre otras), siendo que, además, la recurrente, no desvirtúa a través de las alegaciones que expone en su escrito de recurso, aquellos argumentos, sino que mas bien efectúa una interpretación sesgada y parcial del resultado de la prueba practicada, para adecuarla a sus intereses.

TERCERO.- Ello no obstante, incidir en que el tema que nos ocupa, como ya argumentara la juez a quo, ha sido objeto de un amplio debate, con pronunciamientos judiciales dispares, y así, a modo de ejemplo y por citar las mas relevantes y recientes, la SAP de Sevilla de fecha 7 de octubre de 2011 argumenta:



"La existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis. Esta Ley integra la normativa aplicable a esta contratación, y ha de observarse y cumplirse por las entidades bancarias en el momento de redactar el contenido obligacional de los contratos, pues ni la específica legislación bancaria ni las normas administrativas de desarrollo que establecen una normativa sobre la información, documentación y protección de los consumidores en la contratación de productos, se inmiscuyen en el contenido obligacional de las concretas cláusulas contractuales, ni podrían hacerlo pues supondría desconocer el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 Código Civil). Aquellas normas pretenden proteger los legítimos intereses de los clientes a través de la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, garantizando la adecuada información y protección del deudor, promoviendo una mayor competencia entre entidades. Pero ello no puede evitar que en un régimen de libre competencia en el que concurren un gran número de entidades de crédito se generen ofertas que en su contenido particularizado contengan cláusulas abusivas, las cuales siempre habrán de ser revisadas a la luz de la normativa de las Condiciones Generales de la contratación.

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

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

Así pues, al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés y, en el caso que nos ocupa, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo, su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor que puede contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado, y tras ello decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado. Oferta cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula los términos en que deben redactarse las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés. Orden Ministerial que además regula todo el camino negocial de la contratación, que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo con las condiciones de identificación del préstamo, tipo de interés, plazos de revisión del tipo, gastos, importe de



las cuotas, etc... Seguidamente, y una vez tasado el inmueble, la entidad de crédito tiene que hacer una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el Anexo II de la Orden (capital, amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, límites a la variación del tipo de interés, comisiones, tabla de pagos y TAE, gastos, intereses de demora) por un plazo mínimo de diez días. El cliente estudia las condiciones esenciales de la oferta y decide si la acepta o la rechaza. Si la acepta, se redacta la escritura pública, que puede ser examinada por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento. Por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que "resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho". Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo.

Sólo una vez aceptada la oferta vinculante, que incluye el pacto de limitación de la variación del tipo de interés, se incorpora la estipulación limitativa al clausulado del contrato. Es decir, que como consecuencia de la preparación contractual regulada por la normativa contenida en la OM que garantiza la información y la formación libre de la voluntad del prestatario, una vez que acepta la oferta vinculante, los pactos de limitación de intereses pasan a formar parte del contrato. No nos hallamos, en definitiva, ante unas condiciones generales incorporadas al contrato por el predisponente sin información expresa al adherente acerca de su existencia, lo que produciría su nulidad de acuerdo con el art. 8 de la LCGC en relación con el art. 82 de la LCU. Por el contrario, se trata de unos pactos que constituyen condiciones esenciales del contrato, que sólo forman parte del contrato tras la información previa al prestatario, su examen, estudio, contraste con las ofertas de otras entidades de crédito, libre formación de voluntad y libre aceptación del mismo, en un iternegocial preparatorio regulado por la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios".

Y por lo que se refiere al carácter abusivo de las mismas añade "la Sentencia apelada ha declarado abusivas las cláusulas objeto de este pleito que es la falta de reciprocidad entre el límite mínimo (suelo) y el máximo (techo) de variabilidad del tipo de interés. Frente a ello, los recurrentes consideran que los pactos de limitación de la variabilidad no son abusivos, que la Sentencia recurrida hace una indebida calificación de las cláusulas suelo como abusivas en el fundamento de derecho cuarto, e infringe los artículos 82.1, 82.4 c) y 87 de la LCU.

Dice el artículo 82 LCU 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 el art. 82.4 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, ambos inclusive: c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato".

Tres requisitos se precisan para que una cláusula sea abusiva: a) Que no se haya negociado; b) que sea contraria a la buena fe; c) que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En cuanto al primero, ya hemos analizado en el anterior fundamento de derecho como el iternegocial que establece la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la regulación del contenido de las ofertas vinculantes y la gran competencia existente en el mercado con multitud de ofertas sin cláusula suelo (el informe del Banco de España aportado a las actuaciones 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"), garantizan la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario que excluye la concurrencia del requisito de la imposición o, lo que es igual, de la falta de negociación. La concertación de préstamos hipotecarios con o sin límites a la variabilidad de interés que ofrecen las entidades demandadas, la gran competencia existente entre entidades de crédito, la transparencia de las condiciones financieras exigida por la normativa vigente, e incluso, la posibilidad de novar la hipoteca mediante la subrogación de otra entidad financiera, conforme a la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, garantizan que la aceptación del pacto de limitación es fruto de la libre y voluntaria decisión del prestatario que las consiente libremente al suscribir el contrato de préstamo, sin imposición alguna.

Los pactos de limitación de la variabilidad tampoco son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el iternegocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los



préstamos, el solicitante ha recibido toda la información, y estos pactos son totalmente legales al estar contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de junio de 1994.

El último requisito es que produzcan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En este caso el desequilibrio versaría sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza.

El préstamo es un contrato real pues requiere que además del consentimiento, la cosa objeto del contrato sea entregada por una persona a la otra. Es obligacional pues la recepción de una suma de dinero da lugar a la obligación de restituirla y de pagar intereses pactados. 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. Puede ser oneroso o gratuito, aunque es obvio que el préstamo bancario es siempre retribuido.

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.

Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato. La introducción de 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 pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, junto con el interés referencial y el diferencial, con la finalidad de establecer una retribución mínima del capital entregado y, en su caso, la máxima que habría de satisfacer el prestatario. Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. El equilibrio al que el art. 82.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente. En el caso de los préstamos sólo si el precio convenido es producto de un aprovechamiento de un estado de necesidad del prestatario habría que acudir a las normas que protegen al prestatario frente a préstamos usurarios, cual es la Ley de 23 de julio de 1908 sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuando se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y aceptado por el prestatario a causa de su angustiosa situación o de su inexperiencia. Norma ésta que en absoluto sería de aplicación al caso que nos ocupa por ser su supuesto fáctico completamente distinto a los fundamentos de pedir deducidos en la demanda en relación con la abusividad de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios.

Así pues, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase. No nos hallamos más que ante una obligación que es la del prestatario de pagar el precio, el cual en una clase de contrato que queda sometido a las contingencias del alza y baja de los tipos durante un periodo muy largo de tiempo, se acota por arriba y por abajo para limitar el riesgo de que esa variabilidad pueda llegar a extremos que hagan inviable el contrato. Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y es que no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites. Como dijimos, la introducción de esos límites es plenamente legal. La OM de 5 de mayo de 1994 regula los mecanismos de transparencia de esas condiciones financieras del contrato, y tras el proceso negocial que regula paso a paso esta norma, el prestatario con pleno conocimiento, información y libertad, decide contratar unas determinadas condiciones de remuneración del préstamo recibido de entre las diversas que el mercado le ofrece. 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.

No siendo esta cláusula un derecho del prestatario que se corresponda con una recíproca obligación del prestamista, no cabe, insistimos, hablar de desequilibrio de prestaciones. Pero si admitiéramos que las cláusulas suelo y techo supusiesen sendas contraprestaciones recíprocas de los contratantes, la determinación de donde está el punto de equilibrio entre el tipo mínimo y el máximo, sería una cuestión ardua compleja para cuya fijación sería enormemente vano o falto de realidad fijarse en el simple dato objetivo del guarismo o cifra numérica. Para empezar hay que tener en cuenta que el art. 82.3 de la LCU dice que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Resulta razonable pensar que si se impidiese la utilización de la cláusula de limitación a la baja de los intereses, de inmediato se incrementaría el interés diferencial, que garantizaría siempre el cobro de un mínimo. Y que otro tanto sucedería si se rebajase el techo para acercarlo al límite a la baja. Lo que a lo largo de la extensa vida de este tipo de contratos, sin duda redundaría en perjuicio del prestatario. Por otro lado, en contratos de tan larga duración como lo son los de préstamo hipotecario, y en un mercado financiero tan cambiante, la determinación de la proporcionalidad entre el límite máximo y el mínimo exigiría cuando menos de un riguroso y completo dictamen pericial que ayudase a valorar y a decidir judicialmente tan espinosa e intrincada cuestión. Ese dictamen no se ha efectuado en estas actuaciones. Resulta muy osado declarar la desproporcionalidad cuando ni tan siquiera hemos sido capaces de concretar cual sea el punto de equilibrio, la referencia respecto de la cual podamos apreciar que el fiel de la balanza se escora indebidamente hacia uno de los lados. Baste al respecto un ejemplo. Los contratos de la Caja de Ahorros de Galicia aportados por la demandante fijan un límite máximo del diez por ciento y un mínimo del dos con setenta y cinco por ciento (escritura pública de 26 de julio de 2005, documento num. 8 de la demanda). Si tenemos en cuenta que en julio de 2008 el Euribor estaba al 5'393%, o en octubre de 2008 al 5'248%, y a ese porcentaje le añadimos el diferencial del 1'50%, el interés que pagaba el prestatario en ese momento estaba prácticamente a la misma distancia del techo que del suelo".

En similar sentido las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Jaén de 25 de abril de 2012, de la Audiencia Provincial de Burgos de 2 de febrero de 2012 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2012.

CUARTO.- Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 18 de julio de 2012, con cita a otra anterior de 24 de abril de 2012, refiere:

"la normativa contenida en dicha Orden Ministerial, no puede suponer exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC 7/98 en los términos reseñados por el artículo 4 de la misma norma, pues como señalan varias sentencias, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2002, la existencia de disposiciones administrativas como la de dicha Orden Ministerial, «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24, 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22.4 de la LOPJ, que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

En consecuencia, el cumplimiento de los deberes de información contenidos en esa norma no sirve para excluir per se el control de abusividad de la norma, ni impide que por ello que la cláusula pueda considerarse abusiva, tal como por otro lado resulta del artículo 2.2 de la Orden Ministerial de 1.994. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 -al resolver sobre la cláusula de redondeo al alza- al señalar que "Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el artículo 7.b LCGC



hace "a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Pero esto nada tiene que ver con los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato, en cuanto al deber de comunicación escrita al prestatario del nuevo tipo de interés, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1.998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la cláusula que resultaría de su aplicación".

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

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

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

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

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

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



segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8, de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

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

Aunque esto ya es bastante para rechazar el motivo de impugnación, es que además, en cuanto a la segunda de las cuestiones que indicábamos, es más que discutible que el pacto de limitación de intereses tenga el carácter esencial pretendido. Esta Audiencia Provincial en su tantas veces citada Sentencia de 24 de abril de 2.012 EDJ2012/71935 señala que "según los datos objetivos ofrecidos por el propio Banco de España, dichas cláusulas fueron impuestas por un pequeño sector de la banca y no por todas las entidades de crédito, por mera decisión empresarial desligada de criterios definidos, y con la finalidad de garantizar unos determinados beneficios mínimos al prestamista. Las mismas entidades de crédito justificaban el "papel secundario" de estas acotaciones en la competencia, con el argumento de que el principal interés del prestatario se centraba únicamente en la concreta cuota a pagar, y estas cláusulas no afectaban a sus preocupaciones inmediatas, y que la regulación española no destaca el riesgo de tipo de interés, o mejor, la incertidumbre sobre la variabilidad de los tipos, como un "elemento esencial" de la información precontractual, pues sólo les obliga a mencionar la evolución del índice en los 24 meses anteriores al contrato.

Como ya hemos dicho, esta era la realidad social existente en el momento que se estipularon estas acotaciones a los tipos de interés variable, esas cláusulas limitativas que la entidad de crédito podía incluir en el contrato, no eran negociadas ni percibidas ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Las percibía, en su caso, como una imposición o condición 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".

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid en su Sentencia de 8 de septiembre de 2.011 señala, en este punto, que aun cuando se debe "destacar las dudas que suscitaría la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, esa aplicación eventual y no permanente ha sido destacado en la misma resolución de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid - de 22 de marzo de 2007 -antes citada para excluir el carácter esencial de la cláusula, cuya ausencia por otro lado no impide que pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Por tanto (...) La cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato".

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

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



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

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

En el supuesto examinado la cláusula cuestionada tiene el siguiente tenor: "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable: TIPO MINIMO DE INTERES... 3,750% NOMINAL ANUAL - TIPO MAXIMO DE INTERES... 12% NOMINAL ANUAL".

El pacto de limitación de intereses es uno de los mecanismos de cobertura de los riesgos derivados de la variabilidad de los tipos de interés. En principio, estamos ante un pacto lícito, sujeto al principio de libertad de pacto, proclamado en el artículo 315 del Código de Comercio, como se señala en el Informe del Banco de España y establece el artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de junio de 1.994 sobre transparencia bancaria. Ahora bien, para que en el caso concreto se pueda sostener esa validez es esencial que cubra a ambas partes en similar medida o alcance, que se cumpla realmente, desde el punto de vista material y no como simple formalidad, con las garantías de una adecuada información previa, así como que su redacción sea clara y comprensible para la adecuada formación de la voluntad del usuario y no sea contrario a la buena fe.

En efecto, es la propia Orden Ministerial citada la que ampara legalmente la validez y existencia de esas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, la que considera que son válidas siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

1º) Sean resultado de un acuerdo de libre voluntad entre las partes, lo que en modo alguno sucede en este caso como hemos señalado, pues ha sido impuesta de forma unilateral por la entidad bancaria.

2º) Se reflejen debidamente en el contrato, como sucede en el supuesto sometido a nuestra consideración, pues así consta en las escrituras públicas otorgadas a tal efecto, aunque 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 este caso no consta que el cliente fuera advertido especialmente por el fedatario público de que hubiera desproporción, o al menos no quedó reflejada esta advertencia de forma expresa en las escrituras públicas.

El requisito de la reciprocidad es, sin duda, el que presenta aspectos más complejos en este tema. La parte actora invoca, a este respecto, los artículos 80.1.c, 82.4 b, c y d y sobre todo, el artículo 87 de la LGDCYU, que considera abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario...."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 abusivas por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5 % nominal anual, 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....

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...

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

Pues bien, desde esta perspectiva, es claro que partiendo de la licitud del pacto de cobertura o limitación de tipos de interés, su validez se mantendrá desde la perspectiva de la proporción o reciprocidad entre las partes. Desde este punto de vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista, es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad y, en este punto, la entidad apelante ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. La entidad apelante sabe que si sólo hubiera establecido en el contrato un pacto de suelo, la cláusula sería claramente desproporcionada y, por tanto, susceptible de una clara nulidad. Lo que hace es establecer esa cláusula de suelo, con voluntad de que entre en juego, al estar sustentada en parámetros reales, en el marco de una clara tendencia, con alguna leve fluctuación, a la bajada de los tipos de interés. La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula "suelo" que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluto y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12%. Ese techo no se ha aplicado nunca en la vida del contrato y es desconocido en los últimos años, sin que sea de ninguna manera previsible su operatividad práctica. Sin embargo, la cláusula suelo se ha aplicado frecuentemente, impidiendo que el consumidor disfrute de la bajada de los tipos de interés, más allá del umbral establecido. De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula como acertadamente estableció el juzgador de la instancia".



En similar sentido las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 1 de León de fecha 11 de marzo de 2011 , de Cádiz de 21 de diciembre de 2011 , Juzgado de Primera Instancia de Cáceres de 18 de octubre de 2011 y Audiencia Provincial de Alicante de 13 de septiembre de 2012 .

CUARTO.- Este Tribunal acoge y hace propias las argumentaciones que defiende la segura de las posturas doctrinales reseñadas, en primer lugar, por considerar que aunque con carácter general no pueda afirmarse per se la nulidad de una cláusula como la que nos ocupa, lo relevante del caso es poder determinar si en el supuesto concreto puede concluirse que la entidad financiera demandada cumplió con las normas de transparencia y protección de consumidores y mas concretamente, si tal estipulación ha sido libremente negociada entre las partes; y precisamente lo que pone de manifiesto la prueba practicada es que no hubo una aceptación libre y voluntaria, desde el momento en que no consta ni información previa ni que con anterioridad a la firma de la escritura de préstamo hipotecario se remitiera al demandante un oferta vinculante que contuviera dicha estipulación; a tales efectos, como bien afirmara la juzgadora de instancia, no puede ser tenida como tal la documentación aportada por la demandada y obrante a los folios 171 a 175, relativas a la solicitud del préstamo, pues como ya reconoce la propia demandada en su escrito de contestación a la demanda, la información que contiene venía recabada no del actor sino de la inmobiliaria que medio en la operación, y la testigo que depuso en el acto de la vista oral, empleada de dicha inmobiliaria, manifestó no recordar si informó a los clientes de la existencia de la "cláusula suelo".

Por otro lado, el hecho de que con posterioridad se otorgara la escritura de división del condominio y subrogación en el total de la deuda (folios 176 y ss) no implica, en contra de lo que sostiene la parte recurrente, que nuevamente fuera informado el actor de la existencia de dicha cláusula y con ello su aceptación voluntaria, al contrario, basta una simple lectura de dicha escritura para concluir que tan sólo se efectúa una remisión genérica a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria anterior, es mas, cuando se relaciona en la misma la carga hipotecaria, tan sólo se hace referencia al interés fijado pactado durante los seis primeros meses del préstamo.

Cabe pues, concluir, que la parte demandada no ha cumplido con la carga de la prueba que le impone el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , en orden a que negoció individualmente con el demandante la cláusula denunciada.

Aún mas, aunque diéramos por ciertas las afirmaciones que se alegan por la parte recurrente, en orden a que el actor pudo negociar el contenido de dicha estipulación, pues así lo hizo con otras condiciones de la hipoteca (puntos porcentuales a adicionar al tipo de interés de referencia), ello no desvirtúa la conclusión alcanzada, en primer lugar, porque el propio artículo 82, en su apartado segundo, expresamente prevé que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato"; y en segundo lugar, porque el carácter abusivo de la cláusula suelo, cabe afirmarlo, igualmente, desde el momento en que su contenido, puesto en relación con el resto del contrato, contraviene las exigencia de la buena fe y constituye un claro desequilibrio o falta de reciprocidad entre los contratantes y en claro perjuicio del consumidor accionante, ante el desfase que se produce en relación con la "cláusula techo" que igualmente se contiene en el contrato, fijada en el 28%. Si la reciprocidad implica que la variabilidad en el riesgo sea igual para ambas partes contratantes, resulta que en el supuesto de autos, sería necesario que los tipos subieran casi un 14% para que el consumidor tuviera algún beneficio; aún más, que tal previsión era irreal debía ser conocida por la propia entidad financiera, desde el momento en que equipara el tipo de la cláusula techo, al tipo de interés pactado para el caso de incumplimiento ("el tipo de interés obtenido no podrá ser superior al tipo de interés pactado como moratorio"), por lo que bien puede concluirse que en realidad no se pactó ninguna cláusula de variabilidad de los tipos de intereses para el caso de subida del tipo referencial a favor del demandante, pues en la tesitura de que incluso éste alcanzara un tipo superior al 28%, le resultaría mas beneficioso dejar de atender sus obligaciones y asumir el interés moratorio fijo, que aún dándose el supuesto pactado a su favor (límite por la subida del tipo de interés) sería siempre inferior a ese futurible interés remuneratorio.

QUINTO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada, dadas las discrepancias doctrinales reseñadas.

SEXTO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.



FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DON MIGUEL SOCIAS ROSSELLÓ, en representación de CAJA **RURAL DE BALEARS** SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, contra la Sentencia de fecha 2 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario número 251/10, de que dimana el presente Rollo de Sala, CONFIRMAMOS los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

No se hace expresa imposición sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo s con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso