

**Juzgado de lo Mercantil N.º. 2 de Palma de Mallorca, Sentencia de 2 Feb. 2012,
proc. 251/2010**

Ponente: Munar Fons, Catalina Asela.

Nº de Recurso: 251/2010

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 4518/2012

CONSUMIDORES Y USUARIOS. BANCA. Nulidad por abusiva de la «cláusula suelo y techo» incluida en el contrato de préstamo hipotecario a interés variable suscrito por el actor. Calificación de la misma como condición general de la contratación. No cabe considerarla como elemento esencial del contrato. Falta de prueba por el banco acerca de su negociación individual. Desproporción evidente entre los límites al alza y a la baja contemplados (mínimo del 4'5% y máximo del 28%). Firma por el consumidor de un elevado límite a la baja en beneficio de la entidad bancaria y en perjuicio de sí mismo (en 2011 el Euribor osciló entre el 1,7 y el 2,1%) sin obtener a cambio ningún límite al alza, pues el suscrito, por su inoperancia, llega al absurdo y le deja a la intemperie, de modo que se le impone una «cláusula suelo» sin reciprocidad alguna. Devolución al demandante de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca estima la demanda formulada contra una entidad financiera y declara nula por abusiva la «cláusula suelo-techo» inserta en el contrato de préstamo hipotecario a interés variable suscrito por el actor, condenando a la demandada a devolverle las cantidades cobradas en virtud de dicha cláusula.

Texto

En Palma, 2 de febrero de 2012.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2

PALMA DE MALLORCA.**AUTOS: ORDINARIO Nº 251/2010****SENTENCIA**

Vistos por mí, Dña. CATALINA ASELA MUNAR FONS, Juez sustituta en funciones de refuerzo en el **Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma** , los presentes autos de juicio declarativo **ORDINARIO nº 251/10** promovidos por el procurador D. Santiago Barber Cardona en nombre de D. Adriano ., asistido del letrado D. Carlos Hernández Guarch, **contra CAIXA RURAL DE BALEARS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO**, representada por el Procurador D. Miguel Socías Rosselló y asistida por el Letrado D. Sebastián Romaguera, **sobre DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS** , procedo, en nombre de S. M. EL REY, a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 3 de junio de 2006 y procedente de la Oficina de Reparto, tuvo entrada en este Juzgado demanda de juicio ordinario, a través del que se solicitaba que se procediese a dictar sentencia en el sentido siguiente:

"1. *Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4'5% y cuyo contenido literal (en mayúscula negrita) 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".*

2. Condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieren cobrado en virtud de la condición declarada nula, de acuerdo con las bases explicadas ut supra.*

3. Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

El suplico 2º fue rectificado a requerimiento del tribunal en la audiencia previa, quedando redactado del siguiente modo:

"2. *Condene 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 3.176'46 euros por importes abonados hasta el mes de junio de 2010 incluido, con sus intereses legales, y las mensualidades posteriores a razón de 288'93 euros mensuales"*

SEGUNDO. Fue admitida a trámite por Decreto de 8 de junio 2010, y la demandada presentó escrito de contestación el 27 de septiembre, oponiéndose a las peticiones efectuadas de adverso e interesando una sentencia desestimatoria con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO.- La AUDIENCIA PREVIA se celebró el 3 de mayo de 2011, acto al que comparecieron ambas litigantes.

De oficio, habiendo advertido esta juzgadora la existencia de suplico defectuoso en el escrito de demanda, en aplicación del **424 LEC** requirió a la parte actora para que aclarase la abstracta redacción del petitum 2º del suplico, por imperativo del artículo 219 de la LEC (LA LEY 58/2000) .

La demandante RECTIFICÓ EL SUPLICO 2º, quedando redactado del siguiente modo:

"2. Condene 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 3.176'46 euros por importes abonados hasta el mes de junio de 2010 incluido, con sus intereses legales, y las mensualidades posteriores a razón de 288'93 euros mensuales".

Se tuvo por subsanado el defecto y por rectificado el suplico en debida forma.

Se fijó un único HECHO ADMITIDO:

1) Los términos de la concesión del préstamo hipotecario.

Y LOS HECHOS CONTROVERTIDOS SIGUIENTES:

1) El conocimiento previo de las condiciones (si el demandante fue informado o no de la cláusula, y si ésta fue libremente pactada)

2) La existencia o no de asesoramiento por parte de una inmobiliaria

3) Que la entidad demandada realizara o no publicidad de los préstamos hipotecarios mediante folletos informativos

4) Que la "cláusula suelo" fijada en un 4'5 % de mínimo, cuando el máximo se fijó en un 28%, sea desproporcional o abusiva para el consumidor

5) La libertad negocial de ambas partes con anterioridad a la estipulación del contrato.

Propuestas las pruebas que las partes estimaron convenientes, tras su admisión se fijó

fecha de juicio para el 24 de enero de 2012.

CUARTO.-JUICIO.

Siendo el 24 de enero, fijado para la celebración de juicio, acudieron las partes y éste tuvo lugar conforme acreditan los medios de grabación de este juzgado, practicándose la prueba a excepción de la testifical de D. Rubén ., prueba que fue renunciada por la demandada.

Tras las conclusiones de ambos letrados, quedó el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La parte actora interesa en su demanda que se declare la nulidad de la comúnmente denominada "cláusula suelo y techo" que fue insertada en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el Sr. Adriano . con la demandada, cláusula que considera abusiva, resaltando que jamás fue informado de ella ni fue objeto de negociación individual, que desconocía su existencia, y que además resulta desproporcionada y gravemente perjudicial para el consumidor, pues en la práctica está suponiendo que desde la bajada de los tipos de interés, en lugar de pagar únicamente el interés verdaderamente negociado y pactado, el "Euribor + 0'75" como se comprometieron las partes, y pese a la grave situación de crisis económica que padece el país, está abonando de más a la demandada unos 288'93 euros cada mes (sin dicha cláusula estaría abonando en 2010 mensualidades de 716'20 euros, y a consecuencia de la misma no descienden de los 1.005'13 euros mensuales), que suponen 3.176'46 euros pagados de más hasta junio de 2010. Por ello suplica que se declare nula dicha cláusula y se condene a la entidad bancaria a devolverle aquellos importes que ha cobrado de más por su aplicación, así como las costas del procedimiento.*

La entidad CAIXA RURAL DE BALEARS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO se opone radicalmente a la petición efectuada de adverso, invocando la libertad contractual, señalando que el actor fue informado y negoció todos los términos, que se cumplieron escrupulosamente todos los requisitos de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y la norma 6 de la Circular 8/1990 del Banco de España, que en el año 2006 no editaba folletos publicitarios, que la Orden de 5 de mayo de 1994 sólo es aplicable a préstamos iguales o inferiores a 25 millones de pesetas (150.253'02 euros) y al actor se le prestaron 211.500, por lo que no resulta aplicable a este litigio, que las condiciones fueron pactadas personalmente con el demandante y de hecho hubo incluso renegociación porque exigió determinados extremos que le fueron concedidos, habiéndose recogido la referida "cláusula suelo y techo" en el contrato de forma explícita, clara y resaltada en negrita, indicativa de que el

tipo de interés nominal mínimo sería del 4'5% y el máximo el moratorio del 28%, cláusula que además le fue leída por el Notario autorizante sin objeción alguna, alegando que además dicho importe no puede considerarse leonino ni usurario, y negando por último que sea desproporcional o desequilibrada, como a su entender demuestra el hecho de que el actor siga siendo cliente de CAIXA RURAL DE BALEARS pues ha intentado subrogar el préstamo hipotecario a otras entidades bancarias y ninguna de ellas le ha ofrecido condiciones mejores de las que negoció en el 2006 con la aquí demandada, por lo que en suma interesa una sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- En el concreto caso que nos ocupa, *el tema nuclear se reduce a dos extremos:*

1) *Primero, determinar si la "cláusula suelo-techo" que nos ocupa debe ser considerada una "condición general de la contratación" o "cláusula no negociada individualmente", y por tanto sometida a la Ley 7/1998 de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN y a los requisitos del artículo 80 LGDCYU (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007) , que aprueba el Texto Refundido de la LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS). En este apartado deberemos examinar si el demandante tuvo conocimiento previo de la existencia de esta concreta condición, si fue asesorado o no, si en la publicidad emitida por la entidad bancaria se advertía de su existencia o se silenciaba, y si fue o no libremente pactada y consentida por el actor (Hechos controvertidos 1º, 2º, 3º y 5º). En este apartado se examinará también si puede ser considerada o no un "elemento esencial" con los efectos jurídicos consecuentes.*

2) *En segundo lugar, y con independencia de que nos hallemos ante una cláusula individualmente pactada o no (pues tanto en uno como en otro caso este argumento es invocable), deberemos examinar si la cláusula suelo-techo que nos ocupa (con un interés mínimo o "suelo" de 4'5 y un máximo o "techo" del 28) es o no abusiva por resultar desproporcional o carente de reciprocidad (artículo 82.4 d) y c) de la LGDCYU). Constituye el Hecho controvertido 4º fijado en la audiencia previa.*

TERCERO.- *CUESTION PRIMERA: SI LA CLÁUSULA "SUELO-TECHO" QUE NOS OCUPA DEBE SER CONSIDERADA O NO UNA "CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN" o "CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE". Y si constituye ELEMENTO ESENCIAL O NO DEL CONTRATO.*

Existen respecto a este extremo *dos posturas doctrinales enfrentadas: una, niega que a los elementos esenciales de los contratos, como es el precio libremente pactado con el consumidor, se los pueda calificar de condiciones generales de la contratación, y otra, adoptada por otro sector doctrinal y por reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que considera que aunque afectase a un elemento esencial del préstamo, ello no implica que haya sido negociada individualmente, puede ser una condición general de la contratación y como tal debe ser revisada por los tribunales.*

A) Postura contraria a considerarla una "condición general de la contratación" por considerarla un "elemento esencial" del contrato.

Un sector doctrinal niega que a los elementos esenciales de los contratos, como sería el precio libremente pactado con el consumidor, se los pueda calificar de condiciones generales de la contratación. Entienden que el control judicial de "abusividad" no puede extenderse a las cláusulas que se refieren a elementos esenciales, y aunque las cláusulas estén predisuestas por uno de los contratantes, no podrán calificarse de condiciones generales. Así , **DÍEZ PICAZO, MENÉNDEZ, DÍAS VALDÉS y PACHECO CAÑETE** , por ejemplo.

Esta es la postura a la que se adscribe el " **INFORME DEL BANCO DE ESPAÑA** " sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, emitido a instancias del Senado, publicado en el BOCG nº 457 del Senado de 7 de mayo de 2010 (documento 4 adjunto a la contestación), calificando de "elemento esencial del precio" a las tan criticadas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, aludiendo al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) , aunque en el mismo informe entiende esta juzgadora que se incurre en evidentes contradicciones con la conclusión anterior, como se expondrá en el razonamiento B) siguiente.

Es la argumentación sostenida también por la reciente sentencia de la Sección Quinta de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, de 7 de octubre de 2011 (LA LEY 193699/2011), como se desprende de su Fundamento de Derecho Quinto, que asume la argumentación del Banco de España en el referido informe.

B) Postura del TRIBUNAL SUPREMO y doctrina mayoritaria: sí podemos estar ante una "condición general de la contratación" aunque la cláusula (en nuestro caso, la limitativa del interés variable) se tratara de un "elemento esencial" del precio.

*Tras las reiteradas resoluciones dictadas al respecto por el **TRIBUNAL SUPREMO** , remitiéndose a la sentencia del TJCE de 3 de junio de 2010 (LA LEY 55532/2010) , *entiende esta juzgadora que la interpretación anterior debe ser obligatoriamente rechazada.* El TJCE señalaba que 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. Y el TRIBUNAL SUPREMO ha señalado 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.*

A modo de ejemplo, la sentencia de la Sala Segunda del TS de 27 de mayo de 2002 citada por la parte actora, señalaba:

"...de ahí que deban valorarse la naturaleza de los CONTRATOS DE CRÉDITO sobre los que se proyecta la actuación profesional del acusado, DE ORDINARIO PUROS Y SIMPLES CONTRATOS DE ADHESIÓN AL PRÉSTAMO CON LAS CONDICIONES UNILATERALMENTE MARCADAS POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA, al que debe adherirse íntegramente el prestatario".

Análogamente, la sentencia del TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2001 destacaba:

"... De un mínimo conocimiento de la realidad social, a la que esta Sala no puede ni debe permanecer ajena, (artículo 3.1 del CC (LA LEY 1/1889)), 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"

En el mismo sentido, señalaba la SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN 11 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 21 DE FEBRERO DE 2006 :*"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".*

También sigue este criterio la sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS DE 14 DE ABRIL DE 2000 , que examina los tipos de interés, los contratos de adhesión y la posición desigual del consumidor, en aplicación de la LGDCYU.

Debemos recordar que son múltiples las resoluciones de nuestra **AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA** dictadas en el mismo sentido al examinar los contratos de seguro, sin que se haya pronunciado aún sobre las cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, al ser éste el primero de varios casos de esta naturaleza que se han presentado recientemente ante los Juzgados de lo Mercantil.

Entre los órganos jurisdiccionales que han considerado que las **cláusulas limitativas de los tipos de interés variable** son verdaderas condiciones generales de la contratación, habiéndolas declarado nulas por abusivas, podemos mencionar las **sentencias del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE SEVILLA, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010 (LA LEY 161972/2010)** (recientemente revocada por la sentencia de la AP Sevilla de 7 de octubre de 2011 (LA LEY 193699/2011) que acoge la tesis del Informe del Banco de España y que esta juzgadora no comparte), que señalaba que "estos pactos están sujetos a los deberes de información que exige el RDL 2/2003 y actual LEY 36/2003 DE 11 DE MARZO de "Medidas de Reforma Económica", cuyo artículo 19 expresamente exige su constancia en la oferta vinculante previa". En este sentido, también las sentencias del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CÁCERES, DE 12 DE ENERO DE 2012 Y DE 18 DE OCTUBRE DE 2011 ; LA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE LEÓN, DE 11 DE MARZO DE 2011 (LA LEY 5466/2011); **así como el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE MÁLAGA Y EL MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA (LA LEY 223524/2011)** . Aunque finalmente no declaró la nulidad de las cláusulas limitativas de los tipos de interés, la SENTENCIA del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 9 DE MADRID de 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011 (LA LEY 165403/2011) también partía de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de su posible revisión por los tribunales, aunque fueran elementos esenciales del contrato.

Entre la Doctrina, podemos citar a **VICENS CHULIÁ** , quien al dejar constancia de la desigualdad existente entre una relación contractual entre el particular y la entidad de crédito, relación en la que la "voluntad contractual brilla por su ausencia", dando el ejemplo de que es como una partida de ajedrez entre un experto y un mero aficionado, en el que cada jugada o cada cláusula contractual supone el jaque-mate para el consumidor.

Como se resaltaba en la antigua **resolución de la DGRN de 20 de mayo de 1987 (LA LEY 3135/1987)** al referirse a cláusulas con vencimiento anticipado, *"... ha desembocado en una excesiva complejidad en contra de la exigencia legal de claridad y precisión"...* *"en la práctica, la entidad se presenta en la notaría con un clausulado prácticamente completo"* (Consejo General del Notariado, fascículo 18).

También debe resaltarse por su diáfana objetividad y experiencia práctica el artículo de **PEDRO GARRIDO CHAMORRO, ANTIGUO DECANO DEL ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE BALEARES** , titulado *"Escrituras de préstamos hipotecarios "* , criticando la "desordenada hipertrofia" del articulado de las escrituras, y la extensa serie de pactos predispuestos por las entidades financieras, que son verdaderas condiciones generales en los contratos de préstamo.

Por último, debemos destacar que en el tan referido **"INFORME DEL BANCO DE ESPAÑA"** emitido a instancias del Senado, publicado en el BOCG nº 457 del Senado de 7 de mayo de 2010 (documento 4 adjunto a la contestación) se califica a este tipo de cláusulas como un "elemento esencial", que forma parte inseparable del precio mismo del préstamo y por tanto cuestiona su eventual carácter abusivo aludiendo a la existencia de una "absoluta libertad contractual" y a las "grandes garantías" que suponen los controles y requisitos exigidos por los artículos 5 y 7 de la OM de 5 de mayo de 1994, pero no podemos olvidar dos extremos:

- Primero, que esta entidad tiene un interés directo en que se declare la validez de este tipo de cláusulas, pues es evidente que no estamos ante un informe emitido por alguien imparcial. Los concretos datos objetivos y estadísticos obtenidos merecen ser considerados como tales, pero no podemos atribuir igual valor a las conclusiones allí contenidas;
- Segundo, aunque las consideren "elemento esencial" -quizás interesadamente-, se contradice esta calificación de forma total con las manifestaciones contenidas a lo largo de su informe, cuando se desprende que, estudiadas un total de 49 entidades de crédito, con carteras agregadas representativas de todo el sector, en 2/3 de las mismas no se impusieron estas cláusulas limitativas a los tipos de interés variable (señalando que en 24 de las 49 entidades no se aplicó o se hizo de modo residual, por debajo del 15%), y en aquellas entidades donde se empezaron a incorporar alrededor del 2004, (de las que sólo 13 entidades la han aplicado de manera mayoritaria, en más del 85% de las operaciones), lo fue por decisión unilateral de la dirección de la entidad y no por negociación con el cliente, como se desprende (las mayúsculas son mías):

en la página 19, punto 3.1, columna izquierda del informe, al afirmar " *Un análisis desagregado de estas prácticas muestra que LA APLICACIÓN O NO DE ESTE TIPO DE CLÁUSULAS ES, EN GENERAL, UNA PRÁCTICA DECIDIDA EN CADA MOMENTO POR CADA UNA DE LAS ENTIDADES, PARA EL CONJUNTO DE SUS OPERACIONES*"; "NORMALMENTE, LOS DIRECTORES DE SUCURSAL NO TIENEN LA FACULTAD DE ALTERAR ESA CARACTERÍSTICA BÁSICA DEL PRODUCTO"; "... En definitiva, LA APLICACIÓN DE ESTAS CLÁUSULAS OBEDECE A DECISIONES INDIVIDUALES DE CADA ENTIDAD ...";

y en la columna derecha del 3.1 in fine refleja "... Finalmente, la encuesta también ha demostrado que LAS ENTIDADES NO APLICAN ESTAS CLÁUSULAS NI ESTABLECEN SUS UMBRALES EN FUNCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA OPERACIÓN, EL PERFIL DE RIESGO DEL CLIENTE, EL PORCENTAJE DE FINANCIACIÓN, EL CANAL COMERCIAL DE ORIGINACIÓN, O EL GRADO DE VINCULACIÓN ACORDADO. EN RESUMEN, LA TIPOLOGÍA DE LAS OPERACIONES CON LIMITACIÓN ES SIMILAR A LA DE LOS CONTRATOS SIN LIMITACIÓN".

Más curioso aún es constatar que en su página 20, apartado 3.2, columna de la derecha, se refleja: "Todo ello indica, y la encuesta cualitativa a así lo confirma, que EL ESTABLECIMIENTO O NO DE ESTAS CLÁUSULAS ... NO HAN SIDO UN ELEMENTO ESENCIAL EN LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA en las que se ha venido desarrollando el mercado en los últimos años...",

y en la página 21, apartado 3.3, columna izquierda, penúltimo párrafo, determina: "En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS, NO OFRECEN UNA PROTECCIÓN EFECTIVA PARA LOS CLIENTES PARTICULARES DEL RIESGO DE SUBIDA DE LOS TIPOS, DEBIDO A LOS ALTOS NIVELES QUE ALCANZAN LOS TECHOS"...

Por lo anterior, *si es evidente* como señala incluso el propio Informe del Banco de España, *que estas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable las 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.*

Y no comparto la consideración de que estas cláusulas LIMITATIVAS a los TIPOS DE INTERES VARIABLE puedan ser calificadas de "elemento esencial", o que formen parte "del precio mismo del préstamo", habiendo destacado ya en párrafos anteriores las contradicciones en que incurre, a mi parecer, el tan referido Informe del Banco de España cuando las califica como tales.

Es hecho notorio, y así se ha recogido en múltiples artículos y referencias periodísticas en tono de crítica, que el particular que acudía hace unos años a concertar un préstamo hipotecario con una determinada entidad de crédito se preocupaba únicamente (extremo lamentable, pero cierto) de la concreta cuota que tenía que pagar al mes. En aquella época el consumidor medio sólo conocía dos modalidades posibles: a interés fijo, y a interés variable, y desconocía que existieran cláusulas de acotación o limitación al interés variable, ni al alza ni a la baja, por lo que no iba prevenido de su existencia ni acudía con ánimo de negociarlas. En tales condiciones, 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 como accesorias al contrato y no como parte sustancial del precio mismo.

Además, como se desprende de los datos objetivos ofrecidos por el propio Banco de España, 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 a la prestamista. Las mismas entidades de crédito justificaban el "PAPEL SECUNDARIO" de estas acotaciones en la competencia, argumentando que por un lado 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 por otro, 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. Con esta innegable 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. Y habiéndose originado de tal modo, no pueden ser calificadas de "elemento esencial".

C) Análisis de nuestro concreto supuesto.

En esta cuestión litigiosa debemos tener muy presente las específicas reglas de la carga de la prueba que rigen en la materia que nos ocupa, señaladas en el **artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU**:

"El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

Es decir: si la CAIXA RURAL afirma que esta concreta cláusula fue conocida, negociada y aceptada previamente a la firma de la escritura notarial por el Sr. Adriano . de forma individual, como ocurre en este procedimiento, cuando éste lo niega tajantemente, es CAIXA RURAL quien deberá acreditarlo, y de no poder hacerlo, deberá soportar la carga de no haberlo acreditado.

Y del examen conjunto de la prueba, resulta obligado concluir que *CAIXA RURAL no ha conseguido acreditar que se hubiera informado, negociado y aceptado dicha cláusula de límites "suelo-techo" con el Sr. Adriano ., pues:*

- No se ha aportado ni un solo documento de negociaciones previas a la firma de la escritura pública en el que el Sr. Adriano . hubiera conocido y aceptado esa cláusula. El demandante afirma que ni cuando fue informado de las condiciones por la inmobiliaria concertada con dicha entidad, ni cuando negoció con el personal de la sucursal bancaria, se hizo referencia alguna a la existencia de esa concreta cláusula, y conforme a la prueba practicada parece que así fue: En el documento 1, obra en el folio 175 una copia del expediente remitido por la inmobiliaria "JP SICA" a CAIXA RURAL en el que NO figura referencia alguna a tipos o límites mínimos y máximos aplicables sobre el interés variable pactado de Euribor+0'75, en la documentación interna de CAIXA RURAL (mismo documento 1, folios 171 a 174) que documenta la solicitud del préstamo del Sr. Adriano ., se plasma dicho límite en el folio 171 cuando se solicita informe al departamento de riesgos, y en la evaluación favorable del folio 174, pero se trata de documentación interna de la entidad bancaria, si firma alguna del solicitante, que no acredita en absoluto que este límite suelo-techo hubiera sido conocido, negociado y aceptado por éste. La CAIXA RURAL únicamente aporta una prueba en este sentido, la declaración de quien era el Director de la oficina donde se concertó el préstamo hipotecario con el actor en el 2006, D. Víctor ., hoy destinado en otra oficina de la misma demandada, quien afirmó que informaban a todos los clientes de las condiciones del préstamo y que el demandante además acudió a renegociar el tipo de interés diferencial (del 1% se le rebajó al 0'75%) que se adiciona al interés referencial (Euribor), declaración que constata que ciertamente el demandante negoció y aceptó el interés variable fijado en el Euribor+0'75%, pero que no

acredita tuviera conocimiento de ninguna acotación a las variaciones del tipo de interés, comúnmente denominada cláusula de "suelo y techo", plasmada posteriormente en la escritura pública.

- La testigo Lidia ., antigua empleada de la inmobiliaria JP SICA que ya no tiene vinculación alguna con ella, recordaba al Sr. Adriano . como cliente y que le ofreció, como a todos, la posibilidad de firmar con diferentes bancos, pero no recordaba haberle informado de la existencia de la "cláusula suelo". Afirmó que informaba a los clientes de las condiciones que establecía el banco en ese momento, sin recordar si CAIXA RURAL la exigía o no.

- La CAIXA RURAL no ha aportado a estas actuaciones el convenio marco suscrito con la referida inmobiliaria JP SICA, documental que le fue requerida en la audiencia previa para su aportación a autos en cuanto la tuviera y en todo caso en plazo máximo de un mes antes de la celebración de juicio.

- La demandada tampoco ha aportado el folleto publicitario utilizado en 2006 para ofertar la concesión de préstamos hipotecarios, pese a haber sido expresamente requerida para ello.

- No existe oferta vinculante de las condiciones financieras pactadas con el Sr. Candido ., debidamente firmada por éste, que pudiera acreditar el hecho de haberle informado de la cláusula suelo. Aunque es cierto que la OM del 5 de mayo de 1994 no exige la oferta vinculante en operaciones de préstamo iguales o superiores a 25 millones de pesetas (véase que en el año de esa Orden ministerial, 1994, por ese precio se podían adquirir dos pisos, cuando ahora este importe apenas alcanzaría para uno), lo cierto es que en la práctica muchas entidades bancarias formalizaban la referida "oferta vinculante" con el cliente antes de acudir a otorgar escritura pública ante notario, pese a no estar obligados por la OM, para asegurarse por un lado de que el cliente conocía y aceptaba todos los extremos financieros a los que se obligaba, y por otro, para disponer de un medio de prueba acreditativo de la aceptación del cliente para caso de controversia. Pese a no hallarse obligada la demandada por la Orden Ministerial de 1994, nada le impedía haber suscrito una oferta vinculante previa con el cliente.

- El Sr. Víctor ., Director de la sucursal donde se firmó el préstamo hipotecario, admitió que en muchas ocasiones esas operaciones con interés variable no tenían tipos mínimos establecidos, y que no recordaba si el convenio marco firmado con la inmobiliaria JP SICA contemplaba o no la inclusión de esta cláusula.

- De hecho, resulta extraño a esta juzgadora contemplar la posibilidad de que un cliente que negoció varios extremos de su préstamo hipotecario, pues como señaló el Sr. Víctor . negoció no sólo el interés diferencial sino también la comisión de apertura, y se redujo el nominal, sin embargo no ofreciera objeción alguna a una cláusula que limitara el interés variable entre una franja mínima a pagar del 4'5%, con un máximo del 28% que se antoja incalificable. Si este cliente, que negoció determinados extremos, nada alegó sobre esta horquilla de acotación, constituye un indicio de que nadie le informó de su existencia, ni en la inmobiliaria, ni en la entidad bancaria.

Por todos los razonamientos anteriores, *partiendo de la consolidada doctrina del TRIBUNAL SUPREMO, aplicando las específicas reglas de la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU y la prueba practicada, es obligado declarar que nos hallamos ante una verdadera condición general de la contratación, no negociada individualmente, impuesta por la CAIXA RURAL al SR. Adriano ..*

CUARTO.- CUESTIÓN SEGUNDA: SI LA CLÁUSULA "SUELO-TECHO" QUE NOS OCUPA (CON UN INTERÉS MÍNIMO O "SUELO" DE 4'5 % Y UN MÁXIMO O "TECHO" DEL 28%) ES O NO ABUSIVA POR RESULTAR DESPROPORCIONAL O CARENTE DE RECIPROCIDAD,

Partimos del hecho incuestionable de que *la existencia de tales cláusulas es legal, pues están previstas en la OM de 5 de junio de 1994 sobre transparencia bancaria . Ahora bien, para ello se exige que se cumpla plenamente 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 de que ello se cumpla dependen varios extremos: precisamente por eso se plasma 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 en la práctica es de común conocimiento que ningún ciudadano medio ejercita, salvo supuestos verdaderamente excepcionales; quizás por desconocimiento del ciudadano, o quizás por no atreverse a acudir a la notaría a revisar un borrador de escritura que preparó la entidad bancaria y redactó el fedatario público).*

Precisamente *para garantizarlo, 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, advirtiéndolo a ambas partes".

Es decir: la propia norma que legaliza la existencia de esas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, considera que son válidas siempre que:

1º) Sean resultado de un acuerdo de libre voluntad entre las partes -extremo que al entender de esta juzgadora es muy cuestionable que haya existido, atendida la realidad social y modo en que se han aplicado, como se ha expuesto-;

2º) se reflejen debidamente en el contrato -extremo que concurre en nuestro supuesto, pues se plasmó con total claridad en la escritura pública otorgada a tal efecto, pero no en ninguna oferta vinculante o documento privado previo-;

3ª) Y por último 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 el caso que nos ocupa, alegan el demandante y la testigo SRA. Belinda . que en la notaría les fue leída la escritura muy rápidamente en apenas diez minutos, pero que no fueron advertidos especialmente por el fedatario público ni de su existencia ni de que hubiera desproporción. Este extremo es de difícil prueba, pero sí es evidente que el notario no dejó reflejada esta advertencia de forma expresa en el documento público.

Esa advertencia del notario al prestatario se configura precisamente para evitar situaciones de abuso, una vez reconocida por la DGRN y por REITERADA JURISPRUDENCIA la evidente situación de desigualdad entre las partes cuando de un préstamo hipotecario se trata.

NO se trata meramente de examinar si concurre una mera "RECIPROCIDAD OBLIGACIONAL O CAUSAL" en el sentido de que sólo se revise jurídicamente 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 la OM obliga a advertir al consumidor si no existe "RECIPROCIDAD ECONÓMICA" ENTRE EL SUELO Y EL TECHO PACTADOS. Debemos destacar que el Notario NO tiene ni facultad ni obligación alguna de advertir o efectuar consideraciones al particular sobre el precio del inmueble, que es totalmente ajeno a su control, pero la normativa sí le exige advertir de la existencia de desproporción o desigualdad en el caso de apreciarlo cuando el contrato incluye cláusulas limitativas a los tipos de interés, precisamente porque constituye una estipulación

de difícil comprensión para el particular, que puede estar firmando un pacto abusivo sin conocer la trascendencia que supone.

*En nuestro supuesto, es admitido por ambas partes que la **OM de 5 de mayo de 1994** no es aplicable porque sólo se dictó para aquellos préstamos que fueran inferiores a los 25 millones de pesetas o 150.000 euros (cuantía que en 1994 era acorde a los precios de mercado, pues con ese límite en esa época podían comprarse incluso dos pisos, pero que rápidamente resultó desfasada con el "boom" inmobiliario, dejando sin la debida protección a muchos consumidores), y el importe del préstamo hipotecario suscrito por el Sr. Adriano . excede de dicha suma. Existió así un vacío normativo, sin exigencias legales a las entidades de crédito, hasta que el artículo 1 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (LA LEY 12190/2007) modificó el artículo 48 de la Ley 26/1998 de 29 de julio, sobre Disciplina e **Intervención de las Entidades de Crédito** , haciendo extensiva la obligación de información y transparencia a cualquier préstamo hipotecario que recayera sobre una vivienda, con independencia del importe al que ascendiera. El Sr. Adriano . estipuló su préstamo hipotecario durante ese vacío normativo, que dejaba al arbitrio de las entidades financieras el cumplir voluntariamente con las garantías exigidas por la OM, o no aplicarla.*

Como se refleja en el Informe del Banco de España, la CAUSA básica del establecimiento de estas cláusulas que establecen LIMITACIONES AL DESCENSO de los tipos de interés es mantener un rendimiento mínimo de esos activos en épocas de tipos muy bajos, y las LIMITACIONES AL ALZA asegurarían un límite máximo al cliente en épocas de fuertes subidas. Por eso se argumenta que una cláusula limitativa AL ALZA Y A LA BAJA constituye una acotación a los riesgos asumidos por las variaciones de esos tipos de interés y beneficia a las dos partes.

Como refiere el tan aludido informe del Banco de España, existen también contratos con únicamente "cláusula techo", pero se da la circunstancia que una parte muy importante de ellas habían nacido con topes a la baja y al alza, y vieron eliminada la restricción a la baja tras alegaciones de la clientela, bien en el momento inicial, bien en momento posterior (página 18 del informe del Banco de España, nota inferior 13 en sede del apartado 3.1). Ello denota que aquellos clientes que tenían una mejor posición o consideración dentro de la entidad (ya por disponer de mejor asesoramiento jurídico, ya por una buena situación económica, o por ambos extremos) consiguieron que se les eliminaran de sus contratos de préstamo hipotecario las cláusulas "suelo", si bien son innumerables los que por no gozar de las mismas condiciones, o bien no se percataron

de las mismas, o bien ni pudieron negociarlas en su momento, ni tampoco han conseguido posteriormente que se les modifiquen las estipulaciones firmadas.

Se considera relevante dejar reflejados en esta sentencia los datos que aparecen en el cuadro nº 2 del Informe del Banco de España, que se plasma en el folio 20 in fine del mismo, en el que se reflejan los DATOS PROMEDIOS de las CLÁUSULAS LIMITATIVAS A LOS TIPOS DE INTERÉS aplicadas en España:

En préstamos hipotecarios concedidos hasta 2003, la cláusula TECHO era de **12'74** , la cláusula SUELO de **2'67** , y la horquilla así abarcaba **10'07** .

En préstamos hipotecarios concedidos en 2004, la cláusula TECHO era de **13'01** , la cláusula SUELO de **2'76**, y la horquilla así abarcaba **10'25**. (EURIBOR de 2'28)

En préstamos hipotecarios concedidos en 2005, la cláusula TECHO era de **13'43** , la cláusula SUELO de **3'02** , y la horquilla así abarcaba **10'41** . (EURIBOR de 2'29)

En préstamos hipotecarios concedidos en 2006, la cláusula TECHO era de **13'79** , la cláusula SUELO de **3'18** , y la horquilla así abarcaba **10'61** . (EURIBOR de 3'34)

En préstamos hipotecarios concedidos en 2007, la cláusula TECHO era de **13'96** , la cláusula SUELO de **3'29** , y la horquilla así abarcaba **10'67** . (EURIBOR de 4'38)

En préstamos hipotecarios concedidos en 2008, la cláusula TECHO era de **14'03** , la cláusula SUELO de **3'43** , y la horquilla así abarcaba **10'60** . (EURIBOR de 4'93)

En préstamos hipotecarios concedidos de enero a septiembre de 2009, la cláusula TECHO era de **13'47** , la cláusula SUELO de **3'35** , y la horquilla así abarcaba **10'12** .(EURIBOR de 1'99)

No disponemos de datos medios posteriores a esa fecha, si bien es de común conocimiento que a partir del **año 2009 en adelante** el EURIBOR ha ido descendiendo de forma importante, con valores que incluso en algunos meses de 2009 y 2010 llegaron a ser inferiores al 1%, oscilando en el 2011 entre 1'7 y 2'1, y habiendo finalizado este reciente enero de 2012 con 1'83.

Es diáfano que en los **promedios nacionales** las "**CLÁUSULAS SUELO**" se situaban, (sin entrar a examinar si eran proporcionales o no, pues no estamos ante una demanda colectiva de declaración de nulidad sino ante una acción individual) hasta el mes de septiembre de 2009, en una MEDIA PONDERADA de **3'12** , cuando **las de "TECHO** " o máximos alcanzaban **13'56**.

No se necesita ningún dictamen pericial para constatar que la cláusula firmada por el Sr. Adriano . no sólo es absolutamente desproporcionada, imponiendo un "límite suelo" excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza **el 4'5** en evidente perjuicio del particular, sino también palmariamente abusiva, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha igualado sin rubor alguno a los estratosféricos intereses del **28%**, que entran de lleno y con todos los honores en la calificación de usuarios y leoninos conforme al artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 .

Recordemos que en las cláusulas limitativas a los tipos de interés existen dos juristas profesionales que deben velar por la existencia de plena libertad de consentimiento contractual y por la proporcionalidad de las prestaciones:

- Primero, el Notario autorizante, que deberá advertir a las partes si los límites al alza y a la baja no son semejantes;

Y por último, serán los tribunales quienes deberán velar por el debido cumplimiento de la ley, y proteger a los consumidores y usuarios que hubieren podido aceptar condiciones desproporcionadas a las circunstancias del caso o limitativas de sus derechos, quizás por su situación angustiosa, por su inexperiencia, o por otros motivos.

No estamos ante una "horquilla dudosa", como por ejemplo si estuviéramos ante una acotación entre un suelo del 3% y un techo del 12%, caso en que necesitaríamos de específicos estudios para conocer si la cláusula de limitación es o no desproporcional, aquí estamos presenciando el ejemplo claro de las consecuencias de una posición desigual y del poder de la entidad de crédito frente al consumidor, es la representación de David contra Goliath, en la que el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente repercusión desfavorable para sí mismo, pero que a cambio no ha obtenido ningún límite al alza, es una "cláusula techo" que por su inoperancia llega al absurdo y le deja a la intemperie, es decir, se le ha impuesto sencillamente una cláusula "suelo" sin reciprocidad alguna. Por ello entiendo que ante tal evidente desproporción, la cláusula invocada debe ser considerada abusiva y por ende, en aplicación de los artículos 80 y 82 en relación con el 86.7 , 87.6, y 89.1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios , es obligado declarar su nulidad, que engloba no sólo al límite "suelo" sino también al "techo".

QUINTO.- INTERESES. No procede condena a intereses toda vez que no fueron solicitados en el escrito de demanda. Cuando a requerimiento de esta juzgadora el letrado de la parte actora

redactó en debida forma el suplico segundo en la audiencia previa, integrando la cifra exacta reclamada, quedando rectificado el párrafo, los solicitó, pero lo cierto es que no habían sido interesados en la demanda y no pueden entenderse parte de la corrección a que fue requerido.

SEXTO.- COSTAS. Pese a la estimación íntegra de la demanda, existen respecto a esta cuestión múltiples sentencias contradictorias entre sí, dictadas en ambos sentidos, que justifican su no imposición a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Adriano . **contra CAIXA RURAL DE BALEARS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO:**

1º) DEBO DECLARAR Y DECLAROLA NULIDAD de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a 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 CIENTO 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 DELARTÍCULO 576 DE LA LEC (LA LEY 58/2000)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.

Notifíquese a las partes y hágales saber que contra la misma CABE interponer RECURSO DE APELACION, en ambos efectos, que conforme al artículo 458 de la LEC (LA LEY 58/2000)(tras su redacción por laLEY 37/2011 DE 10 DE OCTUBRE (LA LEY 19111/2011), "DE

MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL" que entró en vigor el 2 de noviembre de 2011 conforme indica su Disposición Final Tercera -a los 20 días de su publicación en el BOE nº 245 , **de 11 de octubre de 2011-, y en consonancia con su Transitoria Única), SE PRESENTARÁ DIRECTAMENTE ANTE ESTE JUZGADO EN EL PLAZO DE VEINTE DIAS** contados a partir del siguiente a la notificación de la presente resolución (SIN LA "PREPARACIÓN PREVIA" del artículo 457, **NORMATIVA DEROGADA**), en el que se deberá exponer las alegaciones en que basen la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugnan, para su posterior sustanciación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Para su interposición será necesario acompañar el resguardo de **50 euros exigido por la** Disposición Adicional 15ª de la LO 1/2009 de 3 de noviembre (LA LEY 19390/2009), **sin cuyo requisito no se le dará trámite.**

LA JUEZ