

**Juzgado de lo Mercantil Nº.. 1 de León, Sentencia de 11 Mar. 2011, proc. 65/2010****Ponente: Arraiza Jiménez, Pablo.****Nº de Sentencia: 6/2011****Nº de Recurso: 65/2010****Jurisdicción: CIVIL****LA LEY 5466/2011**

Préstamos hipotecarios a interés variable: nulidad por abusiva de «cláusula suelo» que no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial

CONSUMIDORES Y USUARIOS. BANCA. Nulidad por abusiva de «cláusula suelo» incluida en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Consideración de la misma como condición general de la contratación. Falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja practicadas por la entidad financiera demandada. Mientras la segunda (3%) se muestra potencial y realmente efectiva, en el caso de la primera el prestatario no se verá cubierto del riesgo de afrontar una cuota muy superior en el supuesto de producirse una subida del índice de referencia, ya que el tipo establecido (12%) resulta irreal desde un punto de vista estadístico. Falta de semejanza entre dichas acotaciones determinante de un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes y de la falta de reciprocidad en el contrato. Mala fe de la entidad financiera por la predisposición e imposición de un instrumento de cobertura de riesgo irreal. Declaración de nulidad limitada a los contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y que no contemplan como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de

subida, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada. LEGITIMACIÓN ACTIVA. De la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC). Para el ejercicio de la acción colectiva de cesación. Suspensión cautelar de la exclusión de la actora del Libro Registro de Asociaciones de Consumidores en el marco del procedimiento judicial entablado contra las resoluciones del Instituto Nacional de Consumo por las que se decretaba dicha exclusión.

*El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León estima parcialmente la demanda formulada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra una entidad financiera en ejercicio de una acción colectiva de cesación, y declara nula, por abusiva, la condición general contenida en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y que no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada, y condena a ésta a eliminar dicha condición de los contratos formalizados y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.*

### Texto

En León, a 11 de marzo de 2011

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 1**

**LEON**

**SENTENCIA: 00006/2011**

**Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León**

Juicio Verbal 65/10

**SENTENCIA Nº**

**Magistrado-Juez:** Pablo Arraiza Jiménez

**Parte actora:** ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO)

Procurador: Santiago Manovel López

Letrado: Antonio Acosta García

**Parte demandada:** CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD

Procurador:

Letrado:

### **Ministerio Fiscal**

**Objeto del juicio:** acción de cesación de condiciones generales de la contratación por desproporción de la cláusula suelo en los préstamos

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 22 de junio de 2010 la Procuradora Ángela González Mateos, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), presentó en el juzgado decano de Salamanca, y fue turnada al juzgado de primera instancia nº 7 de dicha ciudad, demanda de juicio verbal contra CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD en la que tras la cita de los hechos y fundamentos que consideraba convenientes a su interés solicitaba que se dictara sentencia que contuviera los siguientes pronunciamientos:

1. De nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general contenida en los préstamos a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.
2. De condena de la demandada a eliminar dicha condición general de la contratación de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en los sucesivos.
3. De condena de la demandada a la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Registro mercantil o en uno de los periódicos de mayor difusión de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, o en ambos medios.
4. De inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
5. De condena de la demandada al pago de las costas procesales.

**SEGUNDO.** En fecha 20 de septiembre de 2010 se dictaba por el juzgado de primera instancia nº 7 de Salamanca auto en el que declaraba su falta de competencia objetiva, y remitía a los autos al

Decanato para su reparto el juzgado de lo Mercantil, por el que se pronunciaba en fecha 17 de noviembre de 2010 auto en el que apreciaba su falta de competencia territorial, y acordaba remitir los autos al Decanato de los juzgados de León para su reparto a este juzgado.

**TERCERO.** Turnada a este juzgado la demanda, se acordaba su admisión a trámite mediante decreto de este Juzgado de 28 de enero de 2011, en el que se acordaba emplazar a las partes y al Ministerio Fiscal a vista a celebrar el 3 de marzo de 2010, fecha en la que comparecidas aquellas ratificaba la actora su demanda y procedía a su contestación la demandada, previo informe del Ministerio Fiscal. Abierto el juicio a prueba, propusieron las partes prueba documental, que fue admitida, tras lo que previo informe de las partes se declaraba el juicio concluso para sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Debe ser objeto de documentación, de acuerdo con el artículo 210 de la LEC (LA LEY 58/2000) , la resolución adoptada en forma oral en el acto de la vista en la que se rechazaba la **excepción procesal de inadecuación de procedimiento** formulada por la demandada, quien sostenía que de acuerdo con el artículo 249.1.5 de la LEC (LA LEY 58/2000) la tramitación procedente para la demanda es la correspondiente al juicio ordinario, al versar la demanda sobre el ejercicio de una acción relativa a condiciones generales de contratación.

Y al respecto debe señalarse, como se hacía en la vista, que el referido precepto exceptúa de manera expresa de su aplicación el supuesto concurrente en la presente litis y previsto en el punto 12 del apartado 1 del artículo 250 , el cual prevé la tramitación por el juicio verbal para aquellas demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, pretensión que es precisamente la ejercitada en la demanda rectora del presente procedimiento, sin que a ello obste la oposición por la demandada de la excepción de falta de legitimación activa de la asociación demandante, pues aún en el supuesto de estimarse la misma, no por ello deja de tener por objeto la demanda el ejercicio de tal acción de cesación, siendo así que en todo caso la resolución de dicha excepción tiene su sede adecuada en la presente sentencia, una vez valorados los argumentos y las pruebas al respecto ofrecidos por las partes.

**SEGUNDO.** Por lo que se refiere a los **términos del debate** , *se ejercita por la asociación demandante, al amparo de los artículos 1, 2 , 12 y 16 de la Ley 7/98 de 13 de abril, de*

*Condiciones Generales de la Contratación , acción de cesación en solicitud de declaración de nulidad de la estipulación que dice incorporada de manera masiva a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria a tipo de interés variable suscritos por la demandada, consistente en la limitación del tipo mínimo que habría de abonar el cliente aún cuando el índice de referencia (en este caso el euribor) descendiera por debajo de dicho límite.* Y entiende que debe declararse su nulidad, y condenarse a la demandada a cesar en su incorporación a las escrituras de préstamo hipotecario, por la desproporción de prestaciones que implica la previsión de un tipo mínimo (suelo) real, en la medida en que el índice referencial ha descendido al presente por debajo de aquel (el cual sitúa en el 3%), mientras que el tipo máximo (techo) estipulado, al 12%, es sólo ilusorio, en la medida en que en toda la historia de funcionamiento del euribor no ha superado el 5,2%.

Por su parte, la demandada articula los siguientes motivos de oposición:

1. En primer lugar, sostiene que la asociación demandante carece de legitimación activa, al haber sido excluida, en resolución confirmada por sentencia firme de la Audiencia Nacional, del Libro Registro de Asociaciones de Consumidores en el que conforme a los artículos 24 y 33 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios debe figurar inscrita para poder actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.
2. En segundo lugar, niega a la estipulación atacada el carácter de condición general de la contratación, al no venir impuesta, haber sido objeto de negociación individualizada, a presencia notarial, y no ser incorporada de manera masiva a los contratos de préstamo hipotecario suscritos por la demandada.
3. Asimismo, afirma que al referirse la imputación a un elemento esencial del contrato, como es el precio, no es susceptible de recibir la consideración de estipulación abusiva.
4. Y finalmente, niega la existencia de desproporción, en la medida en que históricamente se han dado tipos referenciales muy superiores al límite superior estipulado en los contratos suscritos por la demandada, lo que debe cobrar una especial relevancia atendida la larga duración asociada a dicho tipo de contrato.

**TERCERO.** En cuanto a la **excepción de falta de legitimación activa** de la demandante, dispone el artículo 11.1 de la LEC que "Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para

defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios". Además, la Ley 7/98 de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de Condiciones Generales de la Contratación de Condiciones Generales de la Contratación, contiene normas especiales sobre la legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en su artículo 12 (entre ellas la de cesación), que por ser especiales se aplican con preferencia a las normas generales sobre legitimación colectiva previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 11. Así, el artículo 16.3 expresamente legitima para el ejercicio de estas acciones a aquellas las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. La demandada sostiene que al no acreditar la actora su inscripción en el Registro previsto en el artículo 33 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios carece de legitimación activa para demandar en defensa de intereses colectivos.

Al respecto, debe señalarse que *el artículo 24.1 de la vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, tras expresar que "Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios", añade que "Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores". Y entre dichos requisitos figura el expresado en el artículo 33, conforme al cual "Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo".*

*Y en relación con dicha exigencia, la sentencia firme de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2010 (LA LEY 193131/2010) confirmaba la del Juzgado Central nº 3 de 30 de julio de 2008, en la que se desestimaba el recurso contencioso administrativo suscitado contra las resoluciones de 5 de octubre de 2005 y de 9 de mayo de 2006 del Instituto Nacional de Consumo, por medio de las cuales se excluía a AUSBANC CONSUMO del Libro Registro de Asociaciones de Consumidores. Ello no obstante, no puede obviarse que dicha*

*exclusión fue objeto de suspensión cautelar en el procedimiento judicial, y que de acuerdo con el artículo 410 de la LEC (LA LEY 58/2000) "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida", de manera que si a dicha fecha no era efectiva la exclusión, no pueden valorarse en la presente resolución las consecuencias de haber sido la suspensión cautelar objeto de ulterior alzamiento.* De hecho, el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de diciembre de 2010 , posterior a la de la Audiencia Nacional, señalaba al respecto que "procede indicar que si bien es cierto que la Asociación actora ha sido expulsada del Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo como sanción por infracción del art. 21 de la LGDC y U, sin embargo tal expulsión está suspendida cautelarmente en el proceso contencioso-administrativo que se sigue al respecto".

**CUARTO.** Entrando ya en el fondo del asunto, y *en relación con la **negación de la concurrencia de una genuina condición general de la contratación** , debe señalarse que el artículo 1 de la Ley 7/98 de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de Condiciones Generales de la Contratación , define estas como aquellas "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".*

*Al respecto, la falta de negociación individual de las cláusulas financieras de las escrituras de préstamo hipotecario resulta no sólo de la notoriedad general que exige a quien alega la circunstancia de la carga de su acreditación de conformidad con el artículo 281.4 de la LEC (LA LEY 58/2000) , sino de los propios términos en los que viene regulada dicha modalidad contractual en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 5 contempla la emisión por la entidad bancaria de una oferta vinculante, y cuyo artículo 7 concede al prestatario la facultad de examen durante tres días del proyecto de escritura, lo que revela sin lugar a dudas que la redacción de este recae sobre la entidad, sin posibilidad alguna de negociación de las cláusulas contenidas en el mismo.*

*Es cierto que existe un saludable grado de competencia en el mercado hipotecario que permite al consumidor optar entre varias posibilidades de diferencial, pero la constatación efectuada por el Banco de España en su informe emitido a solicitud de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en relación con la moción 662/73 aprobada por el Pleno del Senado, publicado en la edición del Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010 (páginas 12 a 26), en el*

*que se constata la creciente instalación de las cláusulas de limitación en las escrituras, permite concluir que el prestatario no podrá eludir en ningún caso su incorporación si pretende acceder a un diferencial competitivo.* De hecho, en el producto "hipoteca futuro" ofertado por la demandada a través de internet (aportado como documento nº 2 en el acto de la vista), en el que no se introducen límites en el referencial, no se puede conocer con un mínimo grado de certeza cuál pudiera ser este, pues se introduce una confusa referencia, conforme a la cual aquel será de 2% los dos primeros años, y "desde" euribor + 0,30% el resto de años, "según requisitos". Y el informe del Banco de España resulta sumamente ilustrativo al respecto cuando expresa que "el fuerte entorno competitivo existente en el mercado hipotecario español debilita los incentivos para la promoción de préstamos con techo de nivel relativamente bajo y diferencial más alto, ante la perspectiva de perder cuota de mercado", a lo que añade que las acotaciones al alza alcanzan una parte significativa de la cartera.

Debe señalarse además que aún cuando la demandada negaba la afirmación contenida en la demanda conforme a la cual la estipulación atacada en la misma se encuentra incorporada de modo masivo a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas con aquella, lo cierto es que el artículo 1 de la Ley 7/98 no exige que tal incorporación sea masiva para que pueda conceptuarse como una condición general de la contratación a efectos de aplicación de la LGDCU, sino que de la lectura del precepto resulta que basta con la finalidad de su incorporación a una pluralidad de contratos, lo que la demandada no sólo niega, sino que además acreditaba con la aportación en la vista de varios tipos de préstamo hipotecario comprensivos de tipos mínimo y máximo, y en particular, con la aportación de una modalidad de préstamo hipotecario con interés variable ofertado por internet (*Hipoteca net Caja España*), modalidad de comercialización masiva que deja fuera de toda duda la finalidad de su incorporación a una pluralidad de contratos, y que además constata de manera genérica el informe del Banco de España a que se hará referencia con posterioridad y del que resulta que ya en 2009 se produjo una significativa elevación de las operaciones con límites a la subida y a la bajada de tipos que ha elevado la importancia de estas operaciones en 10 puntos porcentuales hasta situarlas por encima del 40%.

Finalmente, el Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 4 de noviembre (LA LEY 203282/2010) y 29 de diciembre de 2010 (LA LEY 244468/2010)) ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras.

**QUINTO.** En relación con la objeción formulada por la demandada a la circunstancia de referirse la imputación a un **elemento esencial del contrato**, como es el precio, en relación con la interpretación que deba darse al apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), del Consejo, de 5 de abril, que dispone que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", debe señalarse que las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre (LA LEY 203282/2010) y de 29 de diciembre de 2010 (LA LEY 244468/2010) expresaban que "la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08 - (LA LEY 55532/2010) ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida".

**SEXTO.** Respecto de la valoración de la existencia o no de **desproporción** entre las posiciones contractuales de las partes en torno a la evolución del índice referencial como consecuencia de la firma de la estipulación cuestionada en la demanda, dispone el artículo 8.1 de la Ley 7/98 de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de Condiciones Generales de la Contratación, que "Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Y añade en su apartado segundo que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Dicha remisión debe entenderse referida por razones obvias a la vigente Ley de Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado mediante *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cuyo artículo 82.1 establece que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven*

*del contrato". Y al anterior, añade el apartado tercero del precepto que "en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 , ambos inclusive:..determinen la falta de reciprocidad en el contrato".*

La descripción de la cláusula en cuestión se encuentra en el informe del banco de España a que se hizo referencia en el fundamento de derecho cuarto, cuando expresa que "en este caso, la propia estructura de préstamo hipotecario incorpora límites a la variación de los tipos de interés, o a la de los índices de referencia. En el caso de que la acotación sea a la baja, la cláusula fijará un tipo de interés que actuará como suelo del tipo pactado, con lo que se garantizan unos ingresos mínimos para la entidad que concede el crédito, sea cual sea la coyuntura de tipos en los mercados. Si la acotación es al alza, ello permitirá crear un techo a la subida del tipo pactado que estabilizará las cantidades a pagar por el cliente en caso de que los tipos de interés de mercado superen esa barrera. Obviamente, en el caso de que el préstamo incorpore acotaciones al alza y a la baja se estarán persiguiendo, conceptualmente, ambos objetivos".

*Y no se trata de valorar la admisibilidad genérica en nuestro sistema de las cláusulas limitativas del riesgo, que como señalaba la demandada tienen su cobertura normativa en el Real Decreto-Ley 2/2003 de 25 de abril y en el artículo 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre (LA LEY 1706/2003) , de medidas de reforma económica, que imponen a las entidades de crédito el deber de ofrecer a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sino si dichas cláusulas están configuradas de modo equilibrado para ambas partes. El punto de partida de la pretensión contenida en la demanda no es por tanto la validez de la limitación, sino la concurrencia de la necesaria semejanza de esta al alza y a la baja, en los términos empleados por el artículo 7.3.2.c) de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de forma que la herramienta sirva de protección a ambas partes y en condiciones semejantes contra el riesgo de volatilidad del índice referencial. Y la demandante sostiene que la referida semejanza no se produce en los concretos términos de la condición general denunciada, pues si bien sirve a la entidad financiera de eficaz medio de contención del riesgo de reducción del referencial, y así de hecho al presente se está beneficiando de su eficacia, por el contrario no sirve para mitigar el riesgo que su volatilidad supone para el prestatario, pues se sitúa en un nivel tan elevado que nunca llegará a darse en la práctica, lo que*

supondría que de facto aquel se encuentra desprotegido ante las subidas del Euribor que puedan a producirse.

*A fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el artículo 82.3 de la LGDCU , en cuya virtud "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo hipotecario que redacta.* Efectivamente, la evolución del Euribor facilitada por la propia demandada (documento nº 21) revela que el tipo más alto que ha llegado a alcanzar desde su inicio en 1999 es el de 5,384% registrado en septiembre de 2008, más que distante del límite superior contemplado por la condición general cuestionada. Y aún cuando es cierto, como señalaba la demandada, que otros índices tomados como referencia en los préstamos hipotecarios como el CECA o el MIBOR entre otros han alcanzado históricamente registros superiores al 12%, no cabe, porque así lo prohíbe el citado artículo 82.3 de la LGDCU , descontextualizar dicho dato de las circunstancias existentes en el momento en que se produjo, con un precio de mercado de la vivienda infinitivamente inferior al que ha conocido en los últimos años, y una duración correlativa del período pactado para la devolución del préstamo también notablemente más reducida.

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

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

No puede en cualquier caso merecer acogida el motivo de oposición articulado por la demandada sobre la improcedencia de extensión de la declaración de nulidad a todo tipo de contrato de préstamo que introduzca la cláusula denunciada, al venir reducido el ámbito de protección en el artículo 2 de la LGDCU a los contratantes que tengan la consideración legal de consumidores, pues de la lectura del suplico de la demanda resulta con meridiana claridad la concreción de la pretensión a "los préstamos a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia".

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

*imposición de un instrumento de cobertura de riesgo irreal, no cabe sino calificar de abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, la condición general objeto de impugnación.*

Y aún cuando la demandada imputaba a la actora incongruencia en su solicitud, al centrarse esta en la supresión del suelo pese a provenir la abusividad de la cláusula de la irrealidad del techo pactado, debe señalarse que no cabe apreciar tal incongruencia, pues debe distinguirse adecuadamente el perjuicio para el cliente, derivado del límite inferior impuesto, de las razones por las que este último introduce un factor de desproporción en relación con las obligaciones de las partes, al no existir un límite correlativo, en la medida en que el recogido en la escritura no resulta operativo.

*No obstante lo anterior, debe señalarse que la estimación de la demanda sólo puede ser parcial, en la medida en que si bien del examen de los límites mínimos y máximos de los que parte la demanda (3% y 12% respectivamente), conforme a la escritura de préstamo hipotecario que a modo ilustrativo se acompaña a ella, y que no han resultado desacreditados por la demandada en la medida en que la ya referida modalidad de préstamo hipotecario con interés variable que aquella oferta por internet (*Hipoteca net Caja España*) se mueve prácticamente en el mismo arco, al diferenciarse únicamente en medio punto porcentual que en todo caso el referencial ha rebasado a la baja, por lo que se revela efectivo, a diferencia del techo 12%, lo cierto es que *no toda cláusula suelo es tributaria de un pronunciamiento de abusividad, sino*, de acuerdo con lo razonado y en particular con los criterios legales de desequilibrio entre las estipulaciones de las partes y la falta de reciprocidad, *aquellas que no se vean compensadas con límites superiores (techos) que protejan efectiva y adecuadamente a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado, condiciones que sin duda no se dan en la condición general incorporada por la demandada a las escrituras de préstamo hipotecario en las que interviene, en las que se fija un límite superior del 12% que de acuerdo con lo razonado anteriormente no puede considerarse potencialmente real, de manera que a falta de la acreditación por la actora de cuál sea el límite de realismo de los acotamientos al alza, y en aras al cumplimiento del deber judicial de congruencia, la declaración de nulidad habrá de concretarse a aquellos contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y que no contemplen como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada.**

Finalmente, aún cuando en el suplico de la demanda no discrimina, posiblemente por omisión involuntaria, debe señalarse que únicamente se ha acreditado la realidad de la cláusula abusiva señalada en relación con préstamos hipotecarios, y no en relación con otras modalidades de préstamo bancario, de manera que los pronunciamientos pretendidos habrán de concretarse exclusivamente en relación con los primeros.

**SÉPTIMO.** En relación finalmente con la **publicidad** que daba otorgarse a la presente resolución, dispone el artículo 21 de la Ley 7/98 de 13 de abril (LA LEY 1490/1998) que "El fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia". Asimismo, el artículo 22 establece que "En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".

Al respecto de la pretensión contenida en el suplico de la demanda, sustancialmente coincidente con la redacción legal transcrita, ninguna controversia se ha suscitado por la demandada, por lo que atendida además la trascendencia de la presente resolución y al amplio arco de consumidores afectados *se estima procedente ordenar la publicación en los dos medios legalmente previstos, con cargo a la demandada, y en los términos interesados en la demanda, si bien la difusión legalmente revista (sic) para el diario habría de ser provincial, y no regional como pretende la actora.*

**OCTAVO.** Respecto de las **costas** procesales, no procede la emisión de pronunciamiento al respecto conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) , al haber sido la demanda objeto de estimación parcial.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Ángela González Mateos, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC

CONSUMO), contra CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, con los siguientes pronunciamientos:

1. De declaración de nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general contenida en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y que no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada.
2. De condena de la demandada a eliminar dicha condición general de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable suscritos, y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.
3. De condena de la demandada a la publicación a su costa del fallo de la presente resolución en el Boletín Oficial del Registro mercantil y en el Diario de León, con fuente respecto de este último tipo " times new roman" y tamaño mínimo 10, en el plazo máximo de 15 días tras la notificación de la sentencia, si la misma alcanzara firmeza.
4. De condena de la demandada a la inscripción a su costa de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo fin una vez sea firme la misma el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular de dicho Registro.

Sin que proceda la emisión de pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales, de manera que cada parte habrá de abonar las ocasionadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de León, el cual habrá de presentarse por escrito ante este Juzgado, en el plazo de 5 días desde el siguiente al de su notificación, previa constitución de depósito por importe de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos principales y llévase el original al libro de sentencias de este Juzgado.

Así lo acuerdo, mando y firmo

Pablo Arraiza Jiménez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León

**PUBLICACIÓN.-**

La anterior sentencia se publicó mediante lectura de la misma en Audiencia Pública celebrada en el día de su fecha. Doy fe.