

**Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º. 1 de Cáceres, Sentencia de 18 Oct.
2011, rec. 10/2011**

Ponente: Lozano Díaz, José.

Nº de Sentencia: 96/2011

Nº de Recurso: 10/2011

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 306165/2011

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Asociaciones de consumidores y usuarios. Legitimación.
CONTRATO. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas. HIPOTECA.
INTERESES. PRÉSTAMO MERCANTIL. PROCESO CIVIL. Partes procesales. Legitimación.
Condición de parte procesal legítima.

Texto

En Cáceres, a 18 de octubre de 2011.

JDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1

CACERES

SENTENCIA: 00096/2011

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 1 Y DE LO MERCANTIL DE CÁCERES

SENTENCIA N.º. 96/2011

D. JOSÉ LOZANO DÍAZ, Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia e instrucción número uno y de lo mercantil de Cáceres; habiendo visto los presentes autos de juicio verbal, tramitados con el número 10/2011, promovido a instancia de Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, AUSBANC consumo representada por la procuradora D^a Ana María Collado Díaz y asistida del letrado D. Juan

Luis Picado Domínguez y de Organización Nacional de Consumidores de España Causa Común, representada por la procuradora D^a Ana María Collado Díaz y asistida por el letrado D. Juan Luis Picado Díaz contra Caja de Ahorros de Extremadura, representada por la procuradora D^a María del Pilar Simón Acosta y asistida por el letrado D. Fabriciano de Pablos O'Mullony, siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, ha dictado Sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La procuradora D^a. Ana María Collado Díaz en nombre de Asociación de usuarios de la banca (en adelante AUSBANC) presenta demanda de juicio verbal contra la Caja de Ahorros de Extremadura suplicando lo que sigue:

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

1.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicables:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

2.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

3.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de Interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

4.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, los partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

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

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

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

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

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

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

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

8.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

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

C.- que se ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas con los gastos a cargo de la demandada y condenada, o en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor difusión de la provincia de Cáceres, o en ambos medios a la vez, de forma que esa publicación ocupe, en el caso del periódico, al menos una página en caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10 en sistema informático word y tipo de letra "Times New Román", para lo cual se les dará un plazo de diez días desde la publicación de la sentencia.

D.- se ordene la inscripción de la sentencia y, en consecuencia, dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que resulte competente, para la inscripción de la sentencia estimatoria de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento en el citado Registro.

Los hechos son los que siguen, en síntesis:

Caja de Extremadura incorpora de forma masiva a sus contratos de préstamos hipotecarios, a tipos de interés variable, determinadas condiciones generales de la contratación y que están predispuestas por la entidad y que establecen un tipo mínimo a pagar por el prestatario. Los tipos de interés variables se suelen fijar en dichos contratos a través de dos elementos ciertos y otros posible: el tipo o índice de referencia (normalmente el EURIBOR a un año), el diferencial expresado en puntos porcentuales y el elemento posible es el redondeo, que es un elemento prescindible.

Caja Extremadura en caso de tipos de interés variable fija el mismo a través de dos vías, que suponen siempre, en perjuicio del consumidor de servicios bancarios: se suele establecer un tipo de interés mínimo, de modo que si de la actualización del interés variable y su diferencial, resulta un tipo de interés inferior, se aplica aquél. Por ejemplo, si el tipo variable actualizado es del 2,42% se aplicaría el tipo mínimo, el 3,25%. Esta cláusula de tipo mínimo de interés se la conoce como "cláusula suelo" porque el usuario siempre va a pagar un tipo mínimo de interés. La segunda vías es el tipo mínimo de referencia al que se le añade el diferencial, que será el interés del préstamo hipotecario, con independencia de que el tipo de interés de referencia es inferior a aquél. Así, si el tipo de referencia es el 1,61 % y el tipo mínimo de referencia es del 2,5% es este último, y no el anterior el que sirve para aplicar el diferencial. Sea estableciendo un tipo de referencia mínimo o un tipo mínimo de interés, el resultado es que el usuario de servicios bancarios se le aplica siempre un tipo mínimo de interés resultante (ya aplicado el diferencial y/o el redondeo).

Se transcriben en la demanda una serie de este tipo de cláusulas incorporadas a la escritura pública. La demanda anuda su consideración de que este tipo de cláusulas son abusivas a la denominada cláusula techo, es decir, la fijación de un tipo mínimo y como contrapartida un techo o limite superior de interés a favor del usuario, pero totalmente irreal (un 12% normalmente).

Según la demandante, este tipo de cláusulas tiene consecuencias prácticas que en la misma demanda se exponen (más de 8.000 euros anuales que se calculan para un ejemplo concreto). Además, en la demanda se incorpora una estimación de la variación del EURIBOR hasta 2012 que ha elaborado

Bankinter en que se señala un mantenimiento de los tipos de interés en bajos índices, con lo cual el perjuicio al usuario es mayor. Estas cláusulas no permiten a los usuarios disfrutar de la variación de los tipos de interés cuando están bajos y se mantienen bajos o varían a la baja, dependiendo de la variación del tipo de interés del Banco Central Europeo. La parte demandante señala que este tipo de cláusulas ha generado un gran conflicto social, especialmente en crisis económica, como demuestra referencias a periódicos nacionales y a mociones en las Cortes Generales sobre el tema.

Se señala que el EURIBOR nunca ha estado por encima del 5,5% desde la creación de la Eurozona, según los estudios del Banco de España. Y se aportan informes estadísticos del INE para acreditar los perniciosos efectos para el usuario de este servicio bancario en Extremadura,

Desde un punto de vista jurídico, la actora aplica la Ley 7/1998 (LA LEY 1490/1998) sobre condiciones generales de la contratación. Se basa en lo siguientes: primero, entiende que estas cláusulas son predispuestas por la entidad demandada, tratándose de contratos de adhesión; segundo, que la entidad las impone, no negociándose individualmente y se predisponen en una pluralidad de contratos.

La demandante interpone una acción colectiva de cesación de dichas cláusulas denominadas "suelo". Señala que dichas cláusulas son normativas, regulan el contenido del contrato, pero no son o no configuran un elemento esencial, en concreto, el precio del contrato. No se trata de un elemento esencial porque en el préstamo el interés no lo es. Además, esta cláusula no forman parte del precio cierto porque pueden darse o no: sólo se aplica a determinados supuestos.

La demandante señala que la normativa de transparencia bancaria establece que los índices empleados en la configuración del tipo de interés deben cumplir los requisitos de la Orden de 5 de mayo de 1994 que establece una serie de requisitos. Orden que se dicta en cumplimiento del art. 48.2 de la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito de 1988. En virtud de dicha normativa, las entidades financieras pueden acogerse a los índices o tipos oficiales del Banco de España o a los que regula la Orden mencionada anteriormente. Dichos tipos de interés, por tanto, no deben fijarse en función de la voluntad de una de las partes, sino que tales tipos o índices deben estar basados en las propias fluctuaciones del mercado.

Por otra parte alega el art. 8 de la Ley 7/ 1998 de condiciones generales de la contratación que recoge la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas según la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En particular, la demanda alega el artículo 82 del texto

refundido que recoge esta ley de defensa. En virtud de estos preceptos, la demandante considera que las cláusulas o condiciones generales sobre tipos mínimos de interés o tipos mínimos de referencia son abusivas. Se fundamenta en que son estipulaciones no negociadas individualmente, contravienen la buena fe y crean, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Que son cláusulas no negociadas individualmente (dice la demanda) lo dice la experiencia bancaria, en la que los bancos y demás entidades financieras, establecen de antemano sus condiciones, tipos de interés, comisiones, etc, de modo que la capacidad para contratar del usuario es prácticamente inexistente. Por otro lado, es una cláusula contraria a las exigencias de la buena fe que anuda la buena fe con el equilibrio de las prestaciones contractuales, de modo que una no existe sin la otra. Considera que son cláusulas desequilibradas en perjuicio del consumidor porque los tipos mínimos son una renuncia del derecho del usuario o consumidor a beneficiarse de tipos variables bajos, al establecerse un tipo mínimo que el consumidor siempre habrá de pagar, y además sin contraprestación, porque los tipos techo o máximos en favor del consumidor son prácticamente irrealizables. Además, la fijación de un tipo mínimo es una forma de influir en el tipo de interés que va a pagar el prestatario.

Se señala que los tipos techo no benefician al consumidor, ya que son tipos inalcanzables, según las estadísticas al respecto y aunque esta cláusula techo exista no invalida la nulidad de la cláusula suelo que por sí misma es nula por abusiva sin que puede convalidarse, como dice la ley, por otra cláusula beneficiosa, en teoría, para el consumidor.

La demanda se completa con una serie de alegaciones sobre otras sentencias dictadas en otros procesos similares y otras complementarias.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se convoca a las partes a una vista a la que comparecen en tiempo y forma. La parte demandante se ratificó en su demanda haciendo una serie de alegaciones sobre la falta de legitimación activa que expuso la parte demandada en la pieza separada de medidas cautelares. La parte demandada expuso sus argumentos para fundamentar su oposición a la estimación de la demanda. En síntesis son los que siguen:

1.- falta de legitimación de la parte demandante al no cumplir las previsiones del Texto refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios (LA LEY 11922/2007), en particular el estar inscrito en el Registro del instituto Nacional de Consumo, según sanción administrativa, declarada firme por la jurisdicción contencioso administrativa.

2.- alega que dichas cláusulas no son predispuestas ni impuestas, sino negociadas individualmente. Se trata de una cláusula libre a la que no se adhiere el usuario de servicio bancario. Así se expide una oferta vinculante para el banco que sólo se incorpora al contrato si lo acepta el consumidor y se realiza con pleno conocimiento del consumidor a través del notario. Además, señala que deberá irse caso por caso estudiando la equivalencia de las prestaciones para observar si se trata de una cláusula abusiva o no.

3.- no se trata de condiciones generales de los contratos porque no son prerredactadas y el tipo de interés es un elemento esencial no normativo del contrato, es el núcleo del mismo.

4.- se somete a los informes del Banco de España sobre este tipo de cláusulas y señala que la duración del contrato haría viable la cláusula techo, en préstamos hipotecarios de larga duración, con lo que sería necesario ir caso por caso.

TERCERO: Seguidamente, como la prueba admitida fue la documental se interrumpió el plazo para dictar sentencia y una vez reunida dicha documental se acordó declarar el pleito visto para sentencia, sin necesidad de conclusiones.

Entre tanto, solicitó su personación como interviniente la Asociación de consumidores denominada Organización Nacional de Consumidores y Usuarios de España, Causa Común, como parte demandante, lo que fue admitido por auto de fecha de dos de septiembre de 2011, sin necesidad de más trámite.

Después, se dio traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, en virtud del art. 15.1.2 de la LEC (LA LEY 58/2000) , corrigiendo el error padecido desde el inicio del proceso. El Ministerio Fiscal se personó en los autos mediante escrito, tal y como consta en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El objeto de este proceso es determinar si las denominadas cláusulas suelo, es decir, aquéllas por las que se establece un tipo de interés mínimo o un tipo de interés de referencia mínimo, a pesar de pactarse un tipo de interés variable en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores y usuarios, son condiciones generales de estos contratos bancarios y si tienen el carácter de cláusulas abusivas. Dicho objeto del proceso se introduce a través de una acción colectiva de cesación.

Previamente debe determinarse si AUSBANC tiene legitimación activa para interponer dicha acción colectiva y concretar si tiene algunos efectos en la intervención voluntaria de la asociación "Causa Común".

En el caso de que pueda entrarse a examinar el fondo del asunto, las alegaciones de las partes acotan el objeto de debate:

1.- AUSBANC (y Causa Común) entienden que las cláusulas suelo son condiciones generales, al predisponerse por Caja Extremadura en una pluralidad de contratos de préstamo hipotecario con interés variable, sin posibilidad de negociación individual; y son abusivas al establecer, en perjuicio claro del consumidor y en contra de la buena fe contractual, un desequilibrio en las prestaciones, y en concreto, en la determinación del tipo de interés. Considera que la fijación de este tipo de cláusulas con un interés mínimo hace que el consumidor no se beneficie del interés variable que esté por debajo de ese interés mínimo, en especial en la actualidad en que el EURIBOR, índice que se emplea en dichas cláusulas, está en mínimos, por debajo de dichas cláusulas suelo, que, a veces, superan el 5% de interés. Dicha renuncia de los derechos contractuales del consumidor, no se ven compensados o reequilibrados por la conectada "cláusula techo", un máximo de interés por encima del cual el Banco o entidad no tiene derecho a cobrar, porque dicho máximo es en la actualidad irrealizable e inalcanzable, fijándose un interés del 12%.

2.- La entidad financiera, Caja Extremadura, alega que dichas cláusulas, cuya utilización admite, no son condiciones generales de la contratación, al no venir impuestas ni predisuestas por la entidad, sino que son negociadas caso por caso con el cliente y además expresamente conocidas por él, como demuestra la intervención del notario a la hora de la firma del préstamo hipotecario, Además señala que el tipo de interés es el precio del contrato de préstamo, es decir, es un elemento esencial del mismo y, por tanto, no puede ser considerado abusivo. Considera que no existe desequilibrio en general, sino que habría que estudiar la cuestión caso por caso, ya que dichos préstamos tienen una vida o vigencia a muy largo plazo que hacen que el techo sí sea factible y el consumidor pueda verse beneficiado por el mismo. Se somete además a un Informe del Banco de España en el que no se pone en duda dicho tipo de cláusulas.

SEGUNDO: Legitimación activa de AUSBANC.

Recientemente, el auto de la Ilma Audiencia Provincial de Cáceres, de 6 de octubre de 2011 confirma el dictado el 16 de marzo de este año por el juzgado, pero no entra a valorar la cuestión de la falta

de legitimación activa de AUSBANC, sino que posterga su estudio y decisión al pleito principal, esto es, a esta sentencia.

Conforme el artículo 16 de la Ley de condiciones generales de la contratación 7/1998 la legitimación activa para interponer acciones colectivas de cesación contra condiciones generales de la contratación que conculcan la ley (incluyendo las que son abusivas, según la legislación tuitiva de consumidores y usuarios), corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en la materia. Entre otros legitimados.

Siendo la legitimación activa la posición jurídica habilitante para interponer una concreta pretensión y un presupuesto procesal de Derecho Público y que viene reconocida en la ley, bastando con afirmar ser titular de un determinado derecho subjetivo o estar en una determinada situación jurídica, se entiende que la legitimación de las asociaciones de consumidores para interponer acciones colectivas, se basa precisamente en una concreta situación jurídica, cual es ser, precisamente, asociación de consumidores y usuarios.

La "Ley general para la defensa de consumidores y usuarios" es el Texto Refundido aprobado por Real decreto legislativo 1/2007 (LA LEY 11922/2007). El artículo 23 de dicha ley establece que son asociaciones de consumidores y usuarios las que: se constituyan como asociaciones según la Ley orgánica de asociaciones, que no tengan ánimo de lucro, que reúnan los requisitos específicos para ellas que recoge esta ley, sus normas de desarrollo y las normas autonómicas, en su caso, y que tengan como objeto la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, según sus estatutos.

Luego, el artículo 24 establece que las asociaciones constituidas con arreglo a "este título" son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Seguidamente, señala que las asociaciones que no reúnan los requisitos exigidos en "este título" no representarán los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, aunque sí los de sus asociados o los de su asociación. Lo que parece contradecirse en el art. 37 c, que señala que las asociaciones deben estar inscritas no sólo para ejercer las acciones colectivas, sino para defender los intereses de la asociación y de sus asociados.

Este precepto, introduce el concepto de asociaciones representativas, que son las incluidas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, pero limitándose su ámbito a las acciones en defensa de

intereses difusos de consumidores afectados por un mismo hecho dañoso (art. 11.3 de la LEC (LA LEY 58/2000)).

La condición de asociaciones de consumidores y usuarios puede perderse (artículo 25) si incurren en alguna de las prohibiciones establecidas en la legislación en la materia.

Tienen especial relevancia las condiciones u obligaciones establecidas en el capítulo II del Título II del Libro I del texto refundido, que se resumen en: requisitos de independencia, requisitos o imposiciones contables o de transparencia, requisitos de participación en sociedades mercantiles y de publicidad.

Estos requisitos intrínsecos (constitución de la asociación y fines) y extrínsecos (garantía de que la asociación se comporte con transparencia, independencia y sometida a sus específicos fines), son condiciones insoslayables para acceder al Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo, si la asociación no tiene un ámbito autonómico o menor. Registro que se impone como un deber de dichas asociaciones (art. 33). A estos requisitos se les une la necesidad de cumplir con los requisitos mínimos de implantación, número de asociados y programas de actuación que se fijen reglamentariamente.

Conforme el artículo 35 , la exclusión de dicho registro, en virtud de procedimiento sancionador, por incurrir en las prohibiciones establecidas en la ley, impone la expulsión del registro del Instituto y por ende la condición de asociaciones de consumidores y usuarios durante el plazo establecido, sin perjuicio de la personalidad jurídica de dicha asociación como tal.

El artículo 37 señala que las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el registro del Instituto Nacional de Consumo tienen, entre otros derechos, (sin perjuicio de la mayor representatividad de otras), el de ejercer las acciones colectivas de cesación.

El artículo 54 reproduce el tenor literal de la Ley 7/ 1998 al establecer la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en la interposición de acciones colectivas de cesación.

El artículo 22 de la CE (LA LEY 2500/1978) establece, que las asociaciones deberán ser inscritas en un registro público, a los meros efectos de publicidad. En su párrafo cuarto se dice que sólo por resolución judicial motivada puede disolverse una asociación o suspenderse sus actividades.

El artículo 10 de la Ley orgánica reguladora del derecho de asociaciones, norma aplicable subsidiariamente para las asociaciones de consumidores y usuarios, que se rigen por su legislación específica, señala que las asociaciones deberán estar Inscritas en un registro a los meros efectos de

publicidad. Establece un régimen jurídico específico para las asociaciones no inscritas, que, sin perjuicio de otras opiniones distintas, es equivalente a otros fenómenos asociativos, aunque ontológicamente divergentes, como las sociedades irregulares. Es decir, la ley establece que con el acta fundacional la asociación adquiere plena personalidad jurídica, sin perjuicio de la necesidad de inscripción, de modo que si ésta falta, la asociación es responsable de las obligaciones contraídas con terceros, pero subsidiaria y solidariamente los asociados fundadores y los demás asociados, en su caso (apartado 4 del art 10).

O lo que es lo mismo, la asociación legalmente constituida goza de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar (art, 5 de la Ley orgánica de asociaciones), concepto que coincide con lo previsto en el art. 11 de la LEC (LA LEY 58/2000) al regular la legitimación de las asociaciones.

Conforme este doble régimen jurídico, las asociaciones de consumidores y usuarios deben cumplir con los requisitos de la ley orgánica del derecho de asociación y para lograr el estatus de asociación de consumidores y usuarios, los de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

El hecho de que la Constitución señale que el registro es a los "meros efectos de publicidad", según la doctrina no prohíbe al legislador establecer que dicha inscripción tenga un carácter constitutivo, inscripción por la cual adquiriría personalidad jurídica. Esta cuestión resulta superflua en este caso. Porque el que la inscripción sea a los meros efectos de publicidad, implica, según unánime opinión doctrinal, que la administración competente no efectúa un control de fondo sobre la asociación, sino meramente formal, de acuerdo con los requisitos constitucionales.

El texto refundido de la ley de consumidores y usuarios (LA LEY 11922/2007) incorpora el contenido de los reglamentos que desarrollaban la anterior ley (que ya se operaba con la reforma introducida por la Ley 44/2006 (LA LEY 12793/2006)), de modo que el expediente jurídico de aplicar la jerarquía normativa ya no es posible.

El establecimiento de un doble registro (validado por el Tribunal Constitucional), incluido el que gestiona el Instituto Nacional de Consumo basado en el control por parte de la administración de una serie de requisitos materiales y conductas, es decir, fuera de meras cuestiones formales, ya no supone una mera inscripción a los meros efectos de publicidad, porque estar o no en dicho registro determina no ciertos beneficios específicos (entre ellos la "legitimación"), sino que la asociación constituida para la defensa de consumidores y usuarios lo sea, lo que afecta de lleno al fin para el que fue constituida y, por ende, a su propia estructura. Fuera de este registro la asociación es una

mera asociación sin más, y sólo puede actuar en defensa de los intereses de sus asociados (parece negarlo el art. 37). El resultado es que una resolución administrativa es la que concede o establece, con arreglo a la ley general no procesal, la legitimación o falta de legitimación de una asociación para interponer acciones colectivas.

Por tanto, se entiende, que siendo firme la resolución administrativa por la cual se expulsa del registro a AUSBANC (y la sentencia del Juzgado central de lo contencioso que la confirmó, a pesar del recurso de amparo presentado), debe denegarse la legitimación activa a dicha asociación para interponer acciones colectivas y desestimar su concreta pretensión con efectos de sentencia absolutoria en la instancia.

La intervención de la asociación Causa Común, que sí cumple todos los requisitos, introduce un aspecto nuevo a este proceso. En este sentido la sentencia se remite a los argumentos del auto que admitió su intervención, añadiendo el dato que la el Texto refundido, en su artículo 54.2 y dentro del ámbito de aplicación, reconoce el derecho de las asociaciones y demás de entidades a personarse en los procesos promovidos por otras, si lo estiman oportuno.

Debe señalarse que la intervención procesal supone un litisconsorcio voluntario, que por su propia definición, produce una independencia total entre la posición jurídica- procesal de cada una de ellas, Ello se recoge en el artículo 13.3 de la LEC (LA LEY 58/2000) . En este sentido, aunque AUSBANC no cumpla un presupuesto procesal concreto, cual es la legitimación, ello no quiere decir que tal defecto se comunique a Causa Común, que sí lo cumple, con la previa consideración siempre de la relación entre pretensión- proceso: así la intervención de Causa Común, aunque suponga asumir las alegaciones de hecho y de Derecho de AUSBANC, ejerce su propia pretensión en un único procedimiento, debiendo, por tanto, entrar en el fondo del asunto. Por último, cualquier referencia a la parte demandante debe entenderse a Causa Común, no a AUSBANC.

TERCERO: ¿La cláusula "suelo", es una condición general de la contratación?

Evidentemente la sentencia sólo se refiere a la cláusula que, según la demandante, utiliza como tal Caja Extremadura en los contratos bancarios de préstamo hipotecario celebrados con consumidores y usuarios.

En primer lugar, la parte demandante se refiere a un número de cláusulas contractuales respecto de los tipos de interés que sustancialmente tienen la misma redacción (cuyo contenido se da por reproducido). Pero, se pacta que, con independencia de cuál sea el tipo resultante conforme la

variación del tipo de interés variable en el período oportuno, las partes establecen un tipo máximo (12% siempre) a favor del consumidor y un tipo mínimo (que va del 4% al 5% normalmente, aunque se observan otros tipos mínimos, uno sin contrapartida y otro con la misma cláusula techo) a favor de la Caja. Se entiende que éste es un dato relevante.

En segundo lugar, es determinante el hecho de que la Caja no ha negado la utilización de dicha cláusula en diversos contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores. Lo que niega es que sean condiciones generales y afirma que se han pactado individualmente, debiendo estar, caso por caso, al examen de su naturaleza abusiva.

Se considera que tales cláusulas tienen el carácter de condición general de la contratación, y que cumplen las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos.

La ley de condiciones generales de la contratación en su artículo 1 establece que son condiciones generales de la contratación: las cláusulas predispuestas e impuestas por una de las partes (predisponente-Caja) con la finalidad de incluirlas en una pluralidad de contratos, Que deban ser cláusulas predispuestas e impuestas Implica la previa redacción por el predisponente (siempre profesional) y la ausencia de negociación individual (por parte del consumidor o, en su caso, adherente) lo que supone la ausencia del clásico mecanismo de oferta-contrato. Por tanto, para calificar una cláusula contractual como condición general la ley distingue entre elementos imprescindibles (predisposición, imposición, pluralidad de contratos) y elementos no relevantes: la autoría, la forma de las condiciones y otras circunstancias.

La ley establece que serán tales las condiciones generales que cumplan estos requisitos, con independencia de cómo han sido redactadas, de su autoría o de otras circunstancias, con lo que permite incluir como condiciones generales tanto aquéllas redactadas de antemano en un "texto único", como aquéllas redactadas en diferentes textos (lo que permite ya olvidar la antigua distinción entre condiciones generales de la contratación y condiciones generales de los contratos); también permite incluir aquéllas incluso no redactadas por el predisponente, pero sí utilizadas con el fin de incluirlas en una pluralidad de contratos, como, por ejemplo, las redactadas por una asociación o grupo de profesionales predisponentes.

El que estén destinadas a su inclusión en una pluralidad de contratos implica que la ley no exige que su incorporación sea masiva (St del Juzgado de lo mercantil nº 2 de León, de 11 de marzo de 2011, fundamento de derecho cuarto), aunque sí habitual.

La caracterización de dichas cláusulas suelo-techo como condiciones generales de los contratos proviene de la realidad de las cosas, realidad que puede adscribirse al proceso como verdadero hecho notorio a los efectos de su prueba (artículo 281 de la LEC (LA LEY 58/2000)):

Los contratos de préstamos hipotecarios con consumidores (en realidad, la mayoría de los contratos bancarios) al celebrarse en masa o, al menos, en una cifra muy elevada de contratos, imponen la necesidad de redactar de antemano y de forma homogénea su contenido para todos ellos, sin que se negocie individualmente uno por uno. Lo contrario es simplemente de difícil ejecución y contrario a los intereses de la entidad de crédito, que no puede negociar individualmente con cada uno de los miles de clientes que pueda tener, sino que incluso es casi imposible negociar en cada contrato cada una de sus cláusulas; y ello no empece a la negociación individualizada con determinados clientes de circunstancias específicas.

Por otro lado, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios deja entrever que precisamente son tales condiciones generales, al referirse a modelos, a ofertas vinculantes, a contenidos mínimos de las escrituras públicas; requisitos que, bajo sanción, se imponen a las entidades de crédito. Toda la orden rezuma la idea de que las cláusulas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, salvo prueba en contrario, son condiciones generales de la contratación.

Pero, desde una perspectiva contraria, debe rechazarse que esta Orden contiene previsiones o mandatos genéricos cuya normatividad excluye la naturaleza general de una condición (art. 4 de la LCGC). Primero, porque la orden es un complemento de la Ley 7/1998, de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y de otras vigentes en la materia, cuya aplicación no puede eludirse (artículo 2.2 de la Orden). En segundo lugar, porque la orden no establece mandatos normativos de obligado cumplimiento para las partes del contrato de préstamo hipotecario, que excluiría la aplicación de la ley de condiciones generales (art. 4 párrafo segundo de la LCGC); lo que la orden establece es los requisitos imperativos que las entidades de crédito deben cumplir en sus operaciones de préstamo hipotecario con sus clientes y cuyo cumplimiento debe probar para el caso concreto (así la STS 75/ 2011 de 2 de marzo FU 2011/ 1833, en un asunto de cláusula de redondeo al alza); obligaciones que, según el preámbulo de la Orden, es lograr que los consumidores tengan la información necesaria en este tipo de contratos, pero no excluye el control judicial sobre la abusividad o generalidad de las cláusulas bancarias, es decir, el control de contenido.

Por tanto, se considera que las cláusulas suelo son condiciones redactadas de antemano y destinadas a una pluralidad de contratos, lo que se demuestra, además, con el listado que la Caja ha remitido como prueba, donde se relaciona una pluralidad de contratos de préstamo hipotecario con consumidores, que denota el uso habitual de dicha condición.

CUARTO: Una de las objeciones a la consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales es que la cláusula no se ha impuesto por la entidad porque, o bien el cliente puede o no contratar, acudiendo o no a otra entidad bancaria que no incluya tal cláusula, o bien se ha negociado individualmente con el cliente tal cláusula (lo que entronca con la ausencia de negociación individual a los efectos del artículo 82 de la LGDCU , dándose por reproducida la argumentación).

Pero, por un lado no ha existido prueba de que la cláusula suelo ha sido negociada individualmente, al menos indiciariamente (art, 82.2.2 de la LGDCU , o bien artículo 217.7 de la LEC (LA LEY 58/2000)) y en este concreto asunto.

Por otro lado, se entiende que no puede ser acogido el razonamiento sobre que el cliente tiene la posibilidad de contratar o no, o de celebrar otro contrato con otra entidad de crédito por ser contrario a la realidad y al concepto de condiciones generales: en tales condiciones generales (lo mismo en los contratos de adhesión) se limita, sí no se suprime, la libertad de contratación, entendida como la autonomía de la voluntad de negociar los pactos y cláusulas que las partes tengan por conveniente (art. 1.255 del Código civil (LA LEY 1/1889)), de modo que el adherente se limita a ejercer sólo su libertad de contratar, es decir, de consentir o no la celebración de ese contrato con su contenido, preestablecido por la contraparte. Por tanto, no deben confundirse las dos libertades (o los dos fenómenos de una misma autonomía de la voluntad contractual) el que un consumidor pueda consentir libremente la celebración de un contrato, no evita que las condiciones generales establecidas, aun cuando fuera debidamente informado, sean impuestas, cuando el consumidor no tuvo influencia para la redacción de dicha cláusula, o si tuvo esa posibilidad, no se le permitió ejercerla, El supuesto de que el consumidor haya podido libremente contratar o no el servicio o la adquisición del bien es una circunstancia ajena al concepto, caracterizada anteriormente como elemento no relevante. Así lo entiende la St del Juzgado de lo mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 , en un supuesto idéntico a éste y la STS 75/2011 de 2 de marzo , sobre cláusula de redondeo al alza, y las que cita, en que se parte del entendimiento de las condiciones generales o de los contratos de adhesión como aquellos supuestos de ausencia de negociación individualizada con el cliente, pero evidentemente con una simple aceptación libre del contrato.

Además, en nuestro Derecho son escasos los supuestos en los que el ordenamiento jurídico impone una obligación de contratar y aún así no impone un determinado contrato ni su contenido, sino la obligación de celebrar un contrato, pudiendo ser éste igualmente de adhesión y contener cláusulas impuestas; por otro lado, debe señalarse que en materia de imposición de condiciones generales nada tiene que ver la existencia de otras entidades de crédito que pueden o no ofrecer otras condiciones distintas y supone necesariamente un análisis exorbitante del concepto de condiciones generales de la contratación, el cual se imputa necesariamente a un solo predisponente: ésta será o no impuesta o preestablecida, con independencia de que el consumidor-adherente tuviera otras ofertas o no de otros predisponentes; por tanto, considerar que el consumidor tiene libertad de contratar y que, por ello, no puede decirse que una cláusula del mismo es impuesta es un argumento aparente y excluiría la práctica totalidad del control judicial sobre estas cláusulas.

Debe concluirse que la cláusula es impuesta cuando debe necesariamente ser aceptada si se quiere obtener el servicio o bien que se ofrece, sin que al consumidor se le haya presentado otras alternativas y equilibradas ofertas del predisponente para el mismo bien o servicio y dentro del mismo contrato y sin que pueda influir en el contenido de la cláusula (Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, art. 3.2 (LA LEY 4573/1993), que se refiere a cláusulas no negociadas individualmente, pero por su identidad sustancial puede aplicarse aquí).

Nótese que la caracterización del Derecho de consumo a través de esos dos círculos secantes que son las condiciones generales y las cláusulas abusivas, supone inexorablemente el control sobre un verdadero consentimiento informado y el control sobre el equilibrio de los derechos y obligaciones, de modo que una condición general será abusiva si contraviene los artículos 82 y ss de la LGDCU , aun cuando se cumplan los requisitos de información establecidos en la LCGC, esto es, que el consumidor está plenamente informado y consiente: lo que supone que al estarlo, bien podría no haber contratado, pero contrató, sin que se excluya el control judicial de su naturaleza abusiva. Por el contrario, una condición general puede no ser abusiva, pero sí ser nula, si se incumplen los requisitos de información que la ley impone al predisponente, Así se desprende de los artículos 80 y ss de la LGDCU .

Bien pudiera plantearse en estos casos verdaderas conductas antijurídicas de los consumidores, amparándose en la protección que las normas dispensan (así la STS de 21 de diciembre de 2000 se refería a un cliente de entidad de crédito que contrató diversas pólizas con el fin de presentar demanda de nulidad por abusivas de determinadas cláusulas), pero esta cuestión es ajena al

concepto de cláusulas abusivas y condiciones generales, sino propia del abuso del derecho (art. 7 del Código civil (LA LEY 1/1889)).

Finalmente, como destaca la sentencia del juzgado de lo mercantil de León ya mencionada, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo como condiciones generales las estipuladas en los préstamos hipotecarios concertados con entidades de crédito.

QUINTO: Las cláusulas "suelo", ¿son abusivas?

Esta es la principal cuestión litigiosa que se ha discutido en este proceso y la que más dudas suscita. Y se suscitan dudas sobre todo por la influencia del Informe del Banco de España en relación con la moción del Senado de 23 de septiembre de 2009, en que se sostiene la legalidad de este tipo de cláusulas. Pero, por un lado, el Informe del Banco de España no es vinculante para los Juzgados y Tribunales y, por otro, al mantener que "A lo largo del tiempo, el progresivo estrechamiento de los márgenes sobre el tipo de interés de referencia (mayoritariamente el interbancario) (resultado de la competencia entre entidades) y el progresivo alargamiento de los plazos han evitado fenómenos de exclusión de financiación a la parte potencialmente más desprotegida de la población (como jóvenes, etc.). Además, una comparativa de los tipos de interés vigentes en España con los de los países más significativos de (a UE o del área del euro confirma que el acceso de los consumidores españoles al crédito hipotecario se realiza normalmente en mejores condiciones que en el resto de Europa y, en cualquier caso, no en peores condiciones", lo que verifica es que el Informe, aunque basado en datos objetivos contrastados con una sola parte del préstamo hipotecario (las entidades de crédito), recoge aseveraciones dirigidas a las instituciones parlamentarias que son las obligadas a examinar de forma ponderada dichas circunstancias, lo que no toca a los Juzgados y Tribunales, que es aplicar la norma legal considerando otros factores y circunstancias, incluso económicas, acreditados, Puede decirse que si bien estas afirmaciones son razonables, debe resaltarse que lo son con una circunstancia muy relevante, cual es que el propio Banco de España ha verificado que los pactos limitativos de la variación del tipo de interés representan sólo 1/3 de los préstamos hipotecarios suscritos. Por último, debe destacarse que, se comparta o no los criterios ofrecidos por el Banco de España en sus conclusiones, lo cierto es que el propio órgano señala que no puede pronunciarse en cuanto al eventual desequilibrio entre tipos suelo o floor y tipos techo o cap. Y que el Banco de España reconozca que los clientes de las entidades de crédito españolas obtienen mejores condiciones que los clientes de otros países en préstamos hipotecarios se debe, entre otros factores, a ese dato irremisible: que según el Banco de España tales cláusulas no son mayoritarias.

Sabido es que las condiciones generales no son por se cláusulas abusivas y son ampliamente admitidas en la actualidad. Huelga cualquier comentario añadido, a no ser que se justifique para desarrollar los siguientes argumentos.

Las condiciones generales y las cláusulas abusivas pueden figurarse como dos círculos secantes; las condiciones generales no son por sí cláusulas abusivas y existen cláusulas abusivas que no tienen por qué ser condiciones generales, pudiendo ser particulares en un concreto contrato. La nota que las asemeja es la predisposición y la imposición. Las condiciones generales, deben reunir los requisitos establecidos en la ley. Pueden ser nulas por no reunir los requisitos exigidos como tales condiciones generales, pero también por incumplir las prohibiciones establecidas en la LGDCU, en cuyo caso se convierten en abusivas, en un contrato con un consumidor o usuario.

La finalidad de su regulación, generalmente admitida por la doctrina, desde la conveniencia y necesidad de su utilización en un mercado de actos de consumo masivos, es doble; la libertad de contratar, que exige un adherente-consumidor debidamente informado, pero también la justicia del contrato o equilibrio entre derechos y obligaciones. Es clásica la distinción en este ámbito entre libertad de contratar (el adherente es libre de contratar o no, no se le impone) y libertad de contratación, terreno en que no existe libertad para el adherente- consumidor, limitándose a adherirse a un contrato redactado de antemano por el predisponente (superación de la noción liberal de autonomía de la voluntad).

La LGDCU en su artículo 82 define cláusulas abusivas: "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". Por tanto, un pacto contractual será condición general abusiva si, además de sus requisitos propios, se unen los datos de desequilibrio importante y de perjuicio del consumidor en contra de la buena fe.

Precisamente el desequilibrio de las cláusulas suelo es el detonante, a juicio de la parte actora, del carácter abusivo de esta cláusula; resulta, quizá, la cuestión que más dudas pueda presentar:

Como primer punto de partida, no se discute que los tipos de interés han estado y están por debajo de los tipos mínimos estipulados en los préstamos hipotecarios objeto de litigio. No se han negado los datos de Bankinter que ofrece la demanda inicial y que así lo demuestran: del 1,60% al 3% desde

diciembre de 2010 a diciembre de 2012, en Euribor a 12 m. Se añade el dato de que no existe en los autos un estudio sobre la eventual evolución del Euribor, pero es un hecho conocido, como se muestra en las sentencias de los juzgados de lo mercantil que aquí se mencionan, que desde el año 2000 en pocas ocasiones ha subido por encima del 5%, y sí ha subido nunca llega al 6%. Tampoco se han discutido los resultados económicos que el tipo mínimo supone para una hipoteca media, como el ejemplo que ha incluido la demanda inicial; la cuestión es si estos resultados están justificados o no de acuerdo con la normativa aplicable.

Las cláusulas sobre tipos de interés de los préstamos hipotecarios impugnados son siempre a tipo variable. La fijación de un tipo variable ofrece ventajas objetivas y compartidas para las dos partes y su referencia a un índice fijado objetivamente como es el Euribor, también. La entidad bancaria corre el riesgo de que el Euribor baje, beneficiándose correlativamente el consumidor; el consumidor corre el riesgo de perjudicarse si el Euribor sube, beneficiando al banco o caja. El equilibrio de este tipo de cláusula es claro. Con independencia de la idoneidad económica que estudia el informe del Banco de España, lo que es indudable es que estos tipos de interés benefician la adquisición de vivienda (sobre todo) en tiempos de bajos tipos de interés, como ha sucedido en los últimos tiempos; pero, correlativamente aumentar los resultados o beneficios de la entidad de crédito que cobra un precio, que es el interés, al facilitarse, como dice el referido informe, al obtener una mayor clientela que accede a dichos préstamos bancarios; con esta perspectiva se aprecia que existe una reciprocidad económica perfecta.

Se entiende que es objetivamente restrictivo para el consumidor fijar un tipo suelo. Si existe un interés variable, pero como excepción un tipo mínimo para el consumidor, por el cual, con independencia del tiempo de su aplicación y de que los tipos variables estén por debajo, el consumidor va a pagar un tipo mínimo y fijo, es evidente que se trata de una excepción perjudicial. Según las evoluciones del Euribor que nadie discute, incluso esa excepción se convierte durante un tiempo en regla general.

Lo que la ley impone al hablar de equilibrio, es que si se estipula tal excepción debe existir una contrapartida equivalente en beneficio del consumidor. Y esta contrapartida debe ser real o efectiva. No existe probada ninguna contrapartida de aplicación general que no sea la cláusula techo o tipo máximo. SI se afirmara que dicho suelo tiene influencia en el cálculo del periodo de vigencia del préstamo o en cualquier otra estipulación contractual, debería ser probada, que no es el caso.

Puede entenderse la justificación económica de la cláusula suelo (stream of cash, prof. D. Justo , en Malas Prácticas Bancarias en la actividad hipotecaria, página 8, Poder Judicial) fines económicos expuestos por el Banco de España, pero éstos deben estar sometidos, en lo que toca a este contrato, a lo previsto en la ley, siendo los juzgados y tribunales competentes para el control de dichas cláusulas.

La contrapartida de las cláusulas impugnadas en realidad no es tal. La fijación de un techo de 12% es francamente irrealizable, cuando se establece. Como demuestra la evolución del Euribor que antes se ha mencionado. Se considera que no puede admitirse la afirmación de que la duración del préstamo (normalmente entre 20, 30 y 40 años) permite que sea posible que en el futuro puede alcanzarse ese porcentaje: el alcanzar el 12%, que no tiene base pericial alguna, supondría prácticamente el impago muchos préstamos hipotecarios y de paso muchas dificultades a las entidades de crédito (de hecho este panorama se ha ideado por algún economista como mera hipótesis en el caso de que un estado miembro salga del euro, pero con índices de referencia distintos al Euribor, lo que implicaría descontextualizar el supuesto, como señala la st del juzgado de lo mercantil de León, ya mencionada).

Cierto es que en ocasiones los tipos han estado al 12% o más, pero teniendo como referencia el Mibor, con préstamos con un plazo mucho más breve y con capitales mucho más bajos que en la actualidad.

Desde una básica o media perspectiva económica a la hora de firmar el contrato de préstamo esta previsión es muy difícil de alcanzar y en contra de los propios intereses de la entidad, si se llega a este porcentaje. Ello quiere decir, que las circunstancias que deben tenerse en cuenta para apreciar si esta cláusula es abusiva o no, son las que existen en el momento de celebrarse el contrato (como dice precisamente el art. 82,3 del texto refundido), y en 10 años desde la fecha hacia atrás en el tiempo el Euribor nunca ha llegado al 12%, ni siquiera a su mitad.

Por tanto, la cláusula techo, por irrealizable, no supone una contrapartida en favor del consumidor, de modo que la cláusula suelo supone un desequilibrio en su perjuicio y en claro beneficio para la entidad de crédito. Además, supone una alteración sustancial del pacto del tipo de interés variable, porque el tipo de interés no es variable, sino fijo en favor de la caja y con interés variable a partir de dicho tipo fijo. Es evidente que si el Euribor está por encima del tipo fijo y baja sin descender por debajo de éste, el consumidor se beneficia al pagar un interés más bajo que el anterior, pero en realidad, el Banco se beneficia en todos los casos en que el Euribor baja por debajo del tipo mínimo,

lo que no se observa igual y eficazmente en favor del consumidor y ahí se entiende que existe ese desequilibrio.

Con lo cual el riesgo inicial, objetivo y perfectamente equilibrado (que precisamente ha sido introducido por la caja en el contexto de una oferta contractual vinculante, en la generalidad de los casos) se convierte en un riesgo exclusivo para el consumidor que no se garantiza un techo asequible en su favor, pero sí un suelo realizable en su perjuicio.

Puede adoptarse otra perspectiva. Puede suponerse que la cláusula techo no es perjudicial para el consumidor, sino que es, sin más. Pero ésta debe ser entendida en su total contexto, relacionándola con el techo irreal que se le añade y el desequilibrio es el mismo, por la propia naturaleza del interés variable que se ha pactado: desequilibrio o asimetría no en los porcentajes (un tipo de interés mínimo del 6% y un tipo techo del 20%, podrían ser equilibrados en un paradigma de laboratorio, si fuesen índices factibles en una hipotética y concreta economía). La simetría se asienta en el desigual reparto de los riesgos, de modo que la entidad de crédito se garantiza un mínimo, pero el consumidor no, traspasándose el riesgo de la entidad al consumidor, y abandonando la relación financiera y económica, de perfecta simbiosis, que el interés variable comportaba.

Por otro lado, advertir que en una hipoteca a 20, 30 o 40 años el tipo puede cambiar y que no es impensable que se alcance el 12%, y que no pueden hacerse previsiones macroeconómicas al respecto, no debe admitirse: primero, porque en este aspecto vuelve a observarse el desequilibrio que el consumidor sufre, ya que para él todo es incertidumbre sobre los tipos techo a su favor, pero certidumbre para los tipos suelo, sabiendo que en el mejor de los casos siempre va a pagar un 4, 5% o un 5%, dependiendo del pacto; mientras que la entidad de crédito -no sólo la Caja, sino cualquiera que emplee este tipo de cláusulas-, desde la información que dispone tiene más facilidad para saber que el Euribor va a estar o no por debajo de este suelo en un plazo concreto; segundo, porque desde la posición de dominio de la entidad de crédito, no sólo económica, sino como predisponente, sería reconocer precisamente que la incertidumbre y el riesgo empresarial se traslada por entero al consumidor, lo que no sucedería si empleando el mismo argumento -esto es, nadie sabe qué va a pasar dentro de 20, 30 o 40 años- se beneficiase al cliente estableciendo tipos techo más factibles y reducidos.

La incertidumbre de dicha previsión macroeconómica en el futuro no debe trasladarse por entero al consumidor, de acuerdo con el principio de protección del consumidor.

Finalmente, debe rechazarse el argumento de que la cláusula suelo tiene previsión legal en la orden ministerial mencionada; primero, no se trata de una previsión legal, sino reglamentaria (si se puede hablar de verdadero reglamento); segundo, debe advertirse que la OM en el Anexo II, punto 3 bis, 3 , efectivamente recoge los límites a la variación del tipo de interés. Pero, ni el litigio ni el control judicial sobre la cláusula versan sobre la denominada cláusula suelo, sin más, sino sobre sí las cláusulas suelo- techo concretas, son desequilibradas en perjuicio del consumidor, La OM no fija ni porcentajes ni qué se entiende por equilibrio, sólo recoge que, en caso de fijarse esos límites a la variación, cómo ha de ser informado el consumidor.

SEXTO: otras consideraciones.

1.- las cláusulas suelo, ¿son condiciones que fijan el precio, parte esencial del contrato de préstamo hipotecario?

El argumento ofrecido por la Caja demandada ha sido tratado por la doctrina y la jurisprudencia (así la St del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de fecha de 8 de septiembre de 2011 , que desestima una demanda idéntica a la presente, declarando la validez de las denominadas cláusulas suelo). Se entiende, conforme esta doctrina, que los elementos esenciales, como precio, no pueden ser considerados como condiciones generales, porque son la estructura del contrato, los elementos que le otorgan su naturaleza, ínsitos al mismo, y porque un consumidor nunca contrataría sin conocer tales cláusulas, ni asumirlas, por su propia naturaleza, desde el principio.

Sin embargo, se entiende que las cláusulas que se refieren a los pretendidos elementos esenciales pueden ser condiciones generales, sí están prerredactadas, impuestas y destinadas a una pluralidad de contratos. El dilema se desplaza desde su consideración como condiciones generales a su tratamiento como cláusulas abusivas, por el principal y nada desdeñable argumento, sobre todo en referencia al precio del bien o servicio, de la libertad de empresa o de mercado, en que el precio es libre y generalmente no regulado: ¿cómo puede ser abusivo un precio, si está fijado por el libre mercado?

El tenor literal del artículo 82 de la LGDCU parece excluir la posibilidad de que pueda considerarse abusivo el precio de un bien o servicio, al establecer como parámetro no el equilibrio (económico) de las prestaciones, sino de los derechos y obligaciones. En este sentido la Directiva 93/13/CEE en su artículo 4.2 (LA LEY 4573/1993) señala: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución,

por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", lo que confirma la tesis expuesta, esto es, que el precio u objeto del contrato puede escapar al control de su carácter abusivo.

Además, se entiende, al igual que en las sentencias de los juzgados de lo mercantil de Sevilla, Madrid y León, ya citadas, que las cláusulas litigiosas no son precio, porque se dedican no a establecer el interés, sino a regular una especificidad propia del contrato, limitando los beneficios del interés variable pactado en otra cláusula del contrato.

Este argumento no debe ser atendido.

2.- ¿existe un desequilibrio importante?

No todas las condiciones contractuales generales que causan un desequilibrio en perjuicio del consumidor son cláusulas abusivas: éstas además, deben ser en contra de la buena fe, entendida objetivamente, y además el desequilibrio debe ser importante.

Finalmente, debe señalarse que por el tipo de bien o servicio prestado por la Caja el control de las cláusulas abusivas debe ser especialmente riguroso, frente a otros bienes o servicios, de menor entidad económica y vinculación para el consumidor (artículo 82,3 LGDCU), Además, desde la posición de dominio de la entidad de crédito, en cuanto a su información y a la predisposición del contrato, el establecer el desequilibrio descrito contraría la buena fe contractual, al beneficiar exclusivamente a la entidad y no al consumidor. Se asumen las tesis de la parte demandante que entiende que este desequilibrio ya es, por sí mismo, contrario a la exigencia de la buena fe, que impone precisamente un equilibrio contractual, legalmente exigido.

Además el desequilibrio es importante, no sólo por la vida natural del contrato de préstamo hipotecario, sino por el traspaso al consumidor de los riesgos o ventura de la variación del tipo de interés, a lo que hay que añadir que los resultados monetarios expresados en la demanda, y no discutidos, son muy relevantes para el consumidor medio: 14. 418, 33 euros para el periodo de 2009 a 2011, para un capital de 357. 894 euros, aproximadamente y de 871, 80 euros y de 788, 64 euros anuales para una hipoteca con capital de 60.000 euros aproximadamente, como ejemplo máximo y mínimo respectivamente.

Debe añadirse a todos los argumentos expuestos con anterioridad otro que es importante: los tipos mínimos suelen ser muy superiores a los índices Euribor actuales, dato que añade más importancia al

desequilibrio contractual, es decir, el tipo suelo se suele establecer entre el 4 y el 5% cuando el Euribor está en estas fechas, salvo en 2008, en torno al 2%.

SÉPTIMO: De conformidad con el artículo 12 de la LCGC debe estimarse la acción presentada, acción colectiva de cesación en el uso de la condición general denominada cláusula suelo, descrita en el suplico de la demanda, por vulnerar una norma imperativa, concretamente el artículo 82 de la LGDCU , actualmente en vigor, desde la aplicación del art 8.2 de la LCGC .

El contrato o contratos afectados mantendrán su vigor, pero sin la cláusula suelo descrita salvo equilibrio real y efectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la LCGC .

Al margen de los efectos de la sentencia, previstos por la ley, y del plazo de su publicación (art. 21 de la LCGC), la sentencia deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el periódico de mayor tirada de la provincia de Cáceres, primero por la relevancia económica de tal cláusula y segundo, para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados que residan fuera de esta provincia. Además, artículo 22 de la LCGC , deberá publicarse en el Registro de Condiciones Generales de los contratos para que los Notarios y Registradores puedan cumplir con el deber fijado en el artículo 84 de la LGDCU .

OCTAVO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 394 de la LEC (LA LEY 58/2000) , no se imponen a ninguna de las partes, por las serias dudas de hecho presentadas expuestas en los anteriores fundamentos y por la contradicción entre sentencias de los juzgados y la sentencia de la Audiencia de Sevilla, de la cual se tiene conocimiento aunque se desconoce su concreto contenido).

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

FALLO

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

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

1.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicables:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

2.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

3.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

4.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

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

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

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

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

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

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

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

8.- "Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS... 12% NOMINAL ANUAL

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

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

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