

**Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia de 23 May. 2012, rec.
222/2012**

Ponente: Sanz Acosta, Luis Aurelio.

Nº de Sentencia: 281/2012

Nº de Recurso: 222/2012

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 66643/2012

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. Se declaran nulas por abusivas las cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario relativas a la limitación del tipo de interés y al redondeo al alza. La entidad demandada debe devolver las cantidades cobradas por aplicación de dichas cláusulas. La llamada cláusula "suelo-techo" se califica de condición general de la contratación por predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos. No es una condición esencial del contrato. Inexistencia de negociación individual. No prueba la entidad financiera que informara de la misma al actor. Incumple la cláusula el requisito de la reciprocidad. No existe proporción entre los límites de interés. La entidad financiera se protege frente a una sustancial bajada de los tipos de interés. La supresión de la cláusula de redondeo en documento privado no impide su declaración de nulidad. COSTAS PROCESALES. No se imponen las causadas en primera instancia por las dudas existentes en las cuestiones planteadas. Voto particular.

La AP Cáceres, estimando en parte el recurso de apelación, revoca la sentencia de instancia en el único sentido de no hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas, confirmando la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas de limitación del tipo de interés y de redondeo al alza contenidas en el préstamo hipotecario y devolución por la entidad financiera demandada de las cantidades cobradas en la aplicación de las mismas.

Texto

En la Ciudad de Cáceres a veintitrés de Mayo de dos mil doce.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00281/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620413/620415 Fax:

N.I.G. 10037 41 1 2011 0015668

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN (LA LEY 58/2000)) 0000222 /2012

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000786 /2011

Apelante: CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: FABRICIANO DE PABLOS O MULLONY

Apelado: Pedro Antonio

Procurador: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

Abogado: JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ

SENTENCIA NÚM. 281/12

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =b>

MAGISTRADOS:

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =b>

DOÑA MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO =b>

Rollo de Apelación núm. 222/12 =b>

Autos núm. 786/11 (Juicio Ordinario) =b>

Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres =b>

=====b>

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm. 786/11 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la mercantil demandada, CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA (hoy LIBERBANK, S.A.) , representada tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Simón Acosta, viniendo defendida por el Letrado Sr. De Pablos O'Mullony, y, como parte apelada, el demandante, DON Pedro Antonio , representado tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo, viniendo defendido por el Letrado Sr. Picado Domínguez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, en los Autos núm. 786/11, con fecha 18 de Enero de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMO la demanda interpuesta a instancia de Pedro Antonio representado por la procuradora D^a. Ana María Collado Díaz contra Caja de Ahorros de Extremadura (hoy Liberbank), representada por la procuradora D^a María del Pilar Simón Acosta, y en consecuencia:

A.- DECLARO la nulidad por ser abusiva, de la condición general descrita en el hecho primero de la demanda, es decir, de la cláusula del préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de interés y cuya tenor literal dice:"3.- LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

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

TIPO NÍMIMO DE INTERÉS, 4,250% NOMINAL ANUAL.

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS, 12,000% NOMINAL ANUAL".

B.- CONDENO la entidad demandada a devolver la cantidad de 4.696,51 euros cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula nula, más los intereses legales desde su cobro hasta su devolución.

C.- DECLARO nula por abusiva la cláusula denominada de redondeo al alza exclusivamente y que es descrita en el hecho sexto de la demanda, cuyo tenor literal es el siguiente:

"1.- DEFINICIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

Una vez concluido el periodo a tipo de interés fijo establecido en la cláusula anterior, con periodicidad anual, el tipo de interés vigente hasta ese momento será revisado al alza o a la baja, sumando un margen positivo de 0,750 puntos, durante el periodo de amortización, al tipo de interés de referencia, redondeando el resultado de esta suma por exceso a UN CUARTO DE PUNTO. No se adicionará margen alguno al tipo de referencia sustitutivo.

D.- CONDENO a la demandada a pagar al demandante la cantidad de 583,16 euros cobrados en virtud d la referida cláusula anterior, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su devolución.

E.- DECLARO nula la cláusula descrita en el documento de modificación del tipo de interés variable del préstamo hipotecario de fecha de 8 de febrero de 2010 cuyo tenor literal es el siguiente:

"En ningún caso el tipo de interés resultante podrá ser inferior al 3,000% nominal anual ni superior al tipo nominal anual que figura en la escritura de préstamo.

F.- que se condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo las cláusulas suelo y de redondeo al alza, el cuadro de amortización del préstamo

hipotecario a interés variable concertado con el demandante, contabilizando el capital que debió ser amortizado, cuya cuantía asciende a 1.576,58 euros a 30 de abril de 2011.

J.- Condene a la entidad demandada a pagar los intereses del art. 576 de la LEC (LA LEY 58/2000).

Se imponen las costas de este proceso al demandado."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación procesal de la mercantil demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO.- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación procesal del demandante, se remitieron los autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de 10 días.

CUARTO.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y, no estando conforme la Ilma. Sra. Magistrada, Doña MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO, designada en principio como Ponente, con el voto de la mayoría, asumió la ponencia el Ilmo. Sr. Magistrado Don LUIS AURELIO SANZ ACOSTA, con la obligación de la Ilma. Sra. Magistrada disconforme de formular motivadamente su voto particular. Y, no habiéndose propuesto prueba ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día cuatro de Mayo de dos mil doce, quedando los autos para dictar resolución en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C. ..

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió demanda por D. Pedro Antonio solicitando que se declare:

1º) la nulidad de la Condición General de la Contratación contenida en el préstamo hipotecario concertado a interés variable con la entidad CAJA DE EXTREMADURA, que establece un tipo mínimo y máximo de referencia, es decir, una cláusula limitativa del tipo de interés, esto es, la conocida como "cláusula suelo-techo"; interesando la condena a eliminar cláusula y a la devolución al actor de la cantidad de 4696'51 €, cobrada en virtud de la aplicación de la misma, con sus intereses legales devengados en la forma que se indica y condenando a la demandada a recalcular y amortizar de forma efectiva, con exclusión de la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo.

2º) la nulidad de la Condición General de la Contratación contenida en el préstamo hipotecario concertado a interés variable con la entidad CAJA DE EXTREMADURA, que establece un redondeo al alza al ª de punto; interesando la condena a eliminar cláusula y a la devolución al actor de la cantidad de 583'16 € €, cobrada en virtud de la aplicación de la misma, con sus intereses legales devengados en la forma que se indica y condenando a la demandada a recalcular y amortizar de forma efectiva, con exclusión de la cláusula referida, el cuadro de amortización del préstamo.

La pretensión fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º) La entidad bancaria apelante, insiste en esta alzada, que no estamos, en cuanto a la cláusula "suelo-techo," en presencia de una Condición General de la Contratación por faltar los requisitos de predisposición e imposición, pues el consumidor no se adhiere al contrato, sino que con carácter previo ha pactado las condiciones y el tipo de interés, que ya venían determinadas en el contrato firmado con el Banco de Comercio, pacto que fue asumido por las partes, subrogándose Caja Extremadura en el precio préstamo hipotecario, todo lo que justifica que no fuera incluido en la oferta vinculante. Además, se indica que, al estar regulada la "cláusula suelo" por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, aun cuando fuera catalogada de Condición General de la Contratación, se excluye del ámbito de aplicación de la Ley de CGC, de conformidad a lo establecido en su art. 4 .

2º) Los pactos limitativos del tipo de interés son además, parte esencial del contrato, conformando el precio del mismo, elemento decisivo para forjar la voluntad del prestatario y, por eso mismo, no es condición general de la contratación, estando por ello excluidas del control judicial de abusividad.

3º) Los pactos a la variabilidad del tipo de interés son conformes al principio de libertad de pacto, no son contrarios a la buena fe y no causan desequilibrio entre las prestaciones, toda vez que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí sola la falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es proporcionada. Así, a la obligación de pago del interés mínimo que resulte de la limitación a la baja a cargo del prestatario corresponde su derecho a no pagar más que el interés máximo que resulta de la limitación al alza, cualquiera que sea la diferencia de puntos que exista entre una y otra cláusula, y lo que es más importante, la Ley de Defensa de los Consumidores no se refiere en ningún momento a reciprocidad económica, sino jurídica.

4º) En cuanto a la nulidad de la cláusula de redondeo y de la rebaja de la cláusula suelo no ha sido tenido en cuenta por el juzgador de la instancia la modificación contenida en el documento privado de febrero de 2010. Por lo que se refiere a la cláusula de redondeo, porque la misma fue dejada sin efecto en el referido pacto, por lo que ha quedado sin contenido a voluntad de las partes. En cuanto a la modificación de la cláusula suelo-techo en el documento privado de referencia, concretamente en cuanto a la rebaja del suelo, supone una manifestación del poder de negociación del prestatario con el Banco, que no ha sido tenida en cuenta por el Juzgador de la instancia.

Por todo ello, solicita la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Entrando en el primer motivo, que engloba en realidad dos submotivos claros, plantea la apelante la naturaleza de Condición General de la cláusula suelo, pues el Juzgador de instancia la considera como una Condición General de la contratación, al estimar que se cumplen las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una

pluralidad de contratos; criterio que es negado por la representación de Caja Extremadura.

Siguiendo a la reciente sentencia de esta Audiencia de fecha 24 de abril de 2012 , que declara, estimando una acción colectiva, la nulidad de la cláusula litigiosa impuesta por la misma Caja Extremadura *"según se desprende del Art.1 de la LCGC y considera la doctrina más autorizada, la Condición General de la Contratación se caracteriza por la siguientes notas: a) predisposición por una de las partes: una cláusula es predispuesta cuando ha sido redactada antes de la fase de negociación o celebración del contrato, b) ausencia de negociación individual, lo que representa en si un efecto de la predisposición, pues si existe negociación individual no existe predisposición y por tanto tampoco condición general, además de los dispuesto en el Art. 1.2 de la LCGC que no excluye la consideración de Condición General de la Contratación por el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente ni excluirá la aplicación de la Ley al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión c) imposición, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente"* .

La parte apelante niega que la cláusula de limitación de la variación del interés variable sea una Condición General de la Contratación, pues ha sido negociada de forma individualizada con el consumidor, y, además, al estar regulada la por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los préstamos hipotecarios, aun cuando fuera catalogada de Condición General de la Contratación, se excluye del ámbito de aplicación de la Ley de CGC, de conformidad a lo establecido en su art. 4 .

Ciertamente, si se prueba que la cláusula controvertida ha sido negociada de forma individual, se excluiría la protección al consumidor/adherente establecida tanto en el TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) como en la LCGC, por lo que si la entidad financiera hubiera acreditado en este procedimiento, al corresponderle la carga de la prueba de este extremo, que existió negociación, ya resultaría innecesario entrar a valorar si la cláusula es o no abusiva. Es obvio que en esta materia contamos con una específica regla

de la carga de la prueba que se encuentra en el artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU, a cuyo tenor: "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

La apelante sostiene que esa negociación individual existió en este supuesto, por cuanto la inclusión de la cláusula no ha sido realizada de forma "subrepticia", sino que se pactó en el préstamo suscrito con el Banco de Comercio y se mantuvo por subrogación cuando intervino CAJA EXTREMADURA, reduciéndose el techo del 18% al 12% , como se acredita de la propia escritura pública y el control efectuado por el Notario, y rebajándose el suelo en el pacto firmado posteriormente en febrero de 2010 entre las partes al 3%. Pues bien, lleva razón el Juzgador de la Instancia cuando sostiene que, en realidad, hay un claro déficit de información, al no constar la cláusula en la oferta vinculante que en el proceso hay un desconocimiento de dicha oferta vinculante, de donde resulta que no hay prueba de la información sobre la cláusula que opere como presupuesto del conocimiento por la misma del actor.

Eso, como se dice en la sentencia de 24 de abril de 2012 de esta Audiencia, "no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo" .

El hecho de que la cláusula existiera ya en el préstamo hipotecario concertado con el Banco de Comercio no supone, a estos efectos, nada en contra de la nulidad, pues lo cierto es que la misma era predicable entonces de aquel contrato y lo sigue siendo de su continuación tras subrogación de CAJA EXTREMADURA. Además, aunque se rebaja el techo, no podemos olvidar que se aumenta el suelo, al 4'25 % del 4% en que estaba previamente establecido, por lo que se agrava la cláusula, en la parte que perjudica al consumidor, elevando el techo y de eso no se le informa en la oferta vinculante. De las variaciones posteriores producidas en documento privado hablaremos en el último de los motivos del recurso.

Pues bien, hemos de coincidir con el juzgador de la instancia en que la prueba de la negociación individual aquí no se ha producido, sin que desde luego la misma se deduzca de la mera escritura de préstamo hipotecario, por lo que debemos concluir que la cláusula litigiosa tiene el carácter de condición general de la contratación. Por tanto, concurren todos los requisitos para considerar que estamos ante una condición general, regulados en el Art. 1 de la LCGC, es decir, se trata de cláusulas o condiciones predispuestas por la entidad bancaria demandada, pues fueron redactadas unilateralmente por la misma antes de la fase de celebración del contrato, en este caso, de la subrogación del anterior,, con total ausencia de negociación individual, y finalmente, como hemos adelantado, fueron impuestas por la entidad bancaria, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente, conociendo el cliente que de no aceptar las mismas le será denegado el préstamo.

Pero es que, además, la falta de negociación individual de la cláusulas financieras de las escrituras de préstamo hipotecario, en concreto de la "cláusula suelo" litigiosa, no solo deriva de su falta de prueba por la entidad bancaria, sino también 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, que cita la apelante a otros efectos que luego estudiaremos.

En tal sentido, la Exposición de Motivos de la citada Orden, señala que su finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concertan préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. En

concreto, el Art. 3 de la OM citada impone a la entidad financiera la obligación de entrega un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios; folleto que tendrá carácter informativo, y el Art. 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o notificarle la denegación del préstamo. Así mismo, el Art. 6 impone la obligación de consignar de forma separada las cláusulas financieras entre las que se encuentra la limitación del tipo de interés variable del resto del clausulado del contrato, y finalmente el Art. 7 impone por un lado un deber de información al Notario autorizante respecto del contenido de dichas cláusulas financiera, así como verificación del ajuste de las cláusulas contenidas en la escritura con las contenidas en la oferta vinculante.

Pues bien, esas normas ponen claramente de manifiesto que este tipo de cláusulas no son negociadas individualmente y que la redacción de la misma se realiza por la entidad financiera, sin posibilidad de negociación alguna por el consumidor. Es más, no puede olvidarse que la citada Orden Ministerial se refiere también a la llamada "cláusula del redondeo", respecto de la que el TS se ha pronunciado en sus sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 , considerando que se trata de condiciones generales de la contratación. Como dice la sentencia de esta Audiencia de 24 de abril de 2012 *"la citada Orden tiene un alcance meramente formal tendente a promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de las aquellas cláusulas de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Pero las recomendaciones de dicha Orden en absoluto quiere decir que en la realidad y en la práctica se materialicen las obligaciones formales establecidas en la misma con una verdadera fase de negociación entre la entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas. Todo lo contrario, es una realidad y un hecho notorio, que las cláusulas del tenor de las aquí examinadas son redactadas siempre y en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el Art. 5, de existir la misma, y posteriormente las plasma en la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante. Consecuencia de lo anterior, y estando ante cláusulas pre- redactadas,*

por no decir, que redactadas única y exclusivamente por la entidad apelante, corresponde a ésta acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual".

Por todo ello, debe desestimarse este motivo de apelación.

TERCERO Sostiene la recurrente, en el segundo submotivo incluido en el primero de los articulados, que, al estar regulada la "cláusula suelo" por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, aun cuando fuera catalogada de Condición General de la Contratación se excluye del ámbito de aplicación de la Ley de CGC, de conformidad a lo establecido en su art. 4. Se recuerda, así, que el Art. 4 de la LCGC, dispone que: "La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que versan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes."

Pues bien, entiende la parte apelante que se excluye del propio ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación el contenido de una condición general si viniera ya regulado, específicamente, por una disposición legal o administrativa de aplicación obligatoria para los contratantes, sin que pueda, por tanto, ser considerada condición general. En este caso, la denominada "cláusula suelo" cumpliría, según la apelante, los requisitos de exclusión, al estar específicamente regulada en una disposición administrativa de aplicación obligatoria como es la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, dictada al amparo del Art. 48 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Fruto de esta autorización nace, entre otras, la Orden Ministerial citada, cuyo espíritu intenta garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestar especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos.

Pues bien, siguiendo a la sentencia citada de 24 de abril de 2012 de esta Audiencia Provincial "la normativa contenida en dicha orden Ministerial, no puede suponer

exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC 7/98 (LA LEY 1490/1998) en los términos reseñados por el Art. 4 párrafo de la misma norma , pues como señalan varias sentencias, entre otras, la SAP Madrid 10 de octubre de 2002 , la existencia de disposiciones administrativas como la dicha Orden Ministerial, «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24 , 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22.4 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985), que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

En consecuencia, el cumplimiento de los deberes de información contenidos en esa norma no sirve para excluir per se el control de abusividad de la norma, ni impide que por ello que la cláusula pueda considerarse abusiva, tal como por otro lado resulta del artículo 2.2 de la OM 1994. Así se pronuncia la STS de 2 de marzo de 2011 -al resolver sobre la cláusula de redondeo al alza- al señalar que "Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 , según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el Art. 7.b LCGC hace "a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Pero esto nada tiene que ver con los términos en

los que la cláusula viene expresada en el contrato, en cuanto al deber de comunicación escrita al prestatario del nuevo tipo de interés, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la cláusula que resultaría de su aplicación".

Por tanto, es evidente que la normativa contemplada en la precitada Orden Ministerial, no puede suponer por si misma exclusión de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, dado que tiene un claro carácter interno administrativo, enlazado con las funciones de vigilancia del Banco de España, que en nada tiene que ver con el control judicial, que deriva de la función jurisdiccional reconocida en los arts. 24 y 117 de nuestra Constitución y que, por supuesto.

Por todo ello, debe desestimarse este motivo de apelación.

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

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

Entrando en la primera cuestión, ciertamente parte de la doctrina mantiene la imposibilidad de considerar condiciones generales las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar, y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas; criterio que también se mantiene por algunas Audiencias Provinciales,

como la de Sevilla de 7 de octubre de 2011 , que denegó la nulidad de este tipo de cláusulas "suelo", por tal motivo.

Pues bien, debemos partir de que LCGC es trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dicha Directiva señala en su art. 4 , lo siguiente: «1. Sin perjuicio del art. 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Por su parte, el art. 8 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Este marco comunitario previo, resulta esencial para resolver el meritado motivo de apelación, pues a partir de su consideración, nuestro Tribunal Supremo, antes de resolver sobre el posible carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza, valorando que la misma podía constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial: «¿El art. 8 de la Directiva debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el art. 4.2 de la Directiva?». A esta cuestión el TJUE en sentencia de fecha 3 de junio de 2010 respondió diciendo: « Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el art. 4, apartado 2 , al ordenamiento interno. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede

apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el art. 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta. A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los arts. 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

A partir de respuesta del TJUE , el TS, en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2010 sostuvo que: *«respecto a la otra cuestión planteada (...), relativa a la posibilidad de un control judicial del contenido de las cláusulas litigiosas y, al fin, a la interpretación del apartado segundo del ART. 4 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 3 de junio de 2010 dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida». Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente relativas a elementos esenciales del contrato también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.*

Aunque esto ya es bastante para rechazar el motivo de impugnación, es que además, en cuanto a la segunda de las cuestiones que indicábamos, es más que discutible que el pacto de limitación de intereses tenga el carácter esencial pretendido. Esta Audiencia Provincial en su tantas veces citada sentencia de 24 de abril de 2012 señala que *"según los datos objetivos ofrecidos por el propio Banco de España, dichas cláusulas fueron impuestas por un pequeño sector de la banca y no por todas las entidades de crédito, por mera decisión empresarial desligada de criterios definidos, y con la finalidad de garantizar unos determinados beneficios mínimos al prestamista. Las mismas entidades de crédito justificaban el "papel secundario" de estas acotaciones en la competencia, con el argumento de que el principal interés del prestatario se centraba únicamente en la concreta cuota a pagar, y estas cláusulas no afectaban a sus preocupaciones inmediatas, y que la regulación española no destaca el riesgo de tipo de interés, o mejor, la incertidumbre sobre la variabilidad de los tipos, como un "elemento esencial" de la información precontractual, pues sólo les obliga a mencionar la evolución del índice en los 24 meses anteriores al contrato.*

Como ya hemos dicho, esta era la realidad social existente en el momento que se estipularon estas acotaciones a los tipos de interés variable, esas cláusulas limitativas que la entidad de crédito podía incluir en el contrato, no eran negociadas ni percibidas ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Las percibía, en su caso, como una imposición o condición accesorias, ya que o bien la aceptaba, o bien no recibía el préstamo, de tal modo que no pueden ser calificadas de "elemento esencial". La forma de incluir estas cláusulas limitativas, que suponen un evidente acotamiento de techos y suelos e influyen de manera indubitada en el coste final del préstamo, se firmaban por los clientes de la entidad bancaria como accesorias al contrato y no como parte sustancial del precio mismo".

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid en su sentencia de 8 de septiembre de 2011 señala en este punto , que aun cuando se debe *"destacar las dudas que suscitaría la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los*

presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, esa aplicación eventual y no permanente ha sido destacado en la misma resolución de la Secc. 28 de la Audiencia Provincial de Madrid - de 22 de marzo de 2007-antes citada para excluir el carácter esencial de la cláusula, cuya ausencia por otro lado no impide que pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Por tanto (...) La cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato".

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

QUINTO.-En el último motivo de apelación se esgrime que la convención relativa a la variabilidad del tipo de interés es conforme al principio de libertad de pacto proclamado en el Art. 315 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) , como se señala en el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios y establece el artículo 7 de la Orden Ministerial citada, y además, no es contraria a la buena fe y no causa desequilibrio entre las prestaciones, toda vez que la diferencia entre "suelo" y "techo" no determina por sí sola la falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es proporcionada. Así, a la obligación de pago del interés mínimo que resulte de la limitación a la baja a cargo del prestatario corresponde su derecho a no pagar más que el interés máximo que resulta de la limitación al alza, cualquiera que sea la diferencia de puntos que exista entre una y otra cláusula, y lo que es más importante la Ley de Defensa de los Consumidores no se refiere en ningún momento a reciprocidad económica, sino jurídica. En definitiva, se plantea en este motivo si las cláusulas suelo-techo a que se refiere la demanda, son o no abusivas por resultar desproporcionadas, carentes de reciprocidad y contrarias a la buena fe.

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

Una cláusula es abusiva, ex. Art. 82 del TRLGDCU (LA LEY 11922/2007), cuando en contra de las exigencias de la buena fe, causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Tras esta definición de carácter genérico el legislador incorpora un listado de cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas,

El control judicial de contenido o control material de la abusividad pretende garantizar la exclusión de las cláusulas que sean abusivas. A esos efectos, el art. 80.1 del TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) determina que las cláusulas no negociadas individualmente incorporadas a contratos con consumidores deben reunir, entre otros, los siguientes requisitos: *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

En el supuesto examinado la cláusula cuestionada es la siguiente: "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 MÍNIMO DE INTERÉS... 4'25 % NOMINAL ANUAL

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

El tipo mínimo de interés fue bajado posteriormente y a través de documento privado por la entidad bancaria, cuestión de la que trataremos en el último motivo de impugnación.

El pacto de limitación de intereses es uno de los mecanismos de cobertura de los riesgos derivados de la variabilidad de los tipos de interés. En principio, estamos ante un pacto lícito, sujeto al principio de libertad de pacto, proclamado en el Art. 315 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) , como se señala en el Informe del Banco de España y establece el artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de junio de 1994 sobre transparencia bancaria. Ahora bien, para que en el caso concreto se pueda sostener esa validez es esencial que cubra a ambas partes en similar medida o alcance, que se cumpla

realmente, desde el punto de vista material y no como simple formalidad, con las garantías de una adecuada información previa, así como que su redacción sea clara y comprensible para la adecuada formación de la voluntad del usuario y no sea contrario a la buena fe.

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

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

2º) Se reflejen debidamente en el contrato, como sucede en el supuesto sometido a nuestra consideración, pues así consta en la escritura pública otorgada a tal efecto, aunque no consta en ninguna oferta vinculante o documento privado previo.

3ª) Que, además, las limitaciones al alza y a la baja sean semejantes o proporcionales, pues de no serlo, el mismo Notario autorizante tiene la obligación de advertirlo a las partes y de dejar expresa constancia en la escritura. En este caso no consta que el cliente fuera advertidos especialmente por el fedatario público de que hubiera desproporción, o al menos no quedó reflejada esta advertencia de forma expresa en la escritura pública.

El requisito de la reciprocidad es, sin duda, el que presenta aspectos más complejos en este tema. La actora invoca, a este respecto los arts. 80.1.c, 82.4 b,c y d y sobre todo, 87de la LGDCYU, que considera abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. Sostiene la demandada-apelante que dicha reciprocidad es de carácter jurídico, no económico, indicando que las fases del ciclo del mercado cambian y es imposible prever en qué medida, sin que pueda realizar esa previsión el juzgador a partir de la mera observación de la cláusula. El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, en su sentencia de 8 de septiembre de 2011 , a partir de la discusión en doctrina y jurisprudencia del alcance y sentido del requisito de reciprocidad y más concretamente si el mismo ha de tener una estricta significación jurídica, es decir, ceñirse al estudio de

una reciprocidad obligacional o causal, a partir de la constatación de los derechos y deberes de las partes y su relación entre si, o si, además, es procedente un entendimiento de la reciprocidad desde la perspectiva económica, pudiendo analizar si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes, concluye que no es posible estudiar la reciprocidad desde la perspectiva del correcto equilibrio económico de las prestaciones, *"pues ello implicaría la necesidad de que la decisión judicial se extienda a la integración de un elemento esencial como es el precio y tratándose de una entidad que interviene en el mercado en régimen de libre competencia con otros sujetos, esa intervención, puede producir efectos no deseados en el ámbito competencial e incluso afectar negativamente la posición de la entidad en el mercado"*, añadiendo que *"se estaría exigiendo al juzgador realizar un juicio de previsión de ciclos económicos de carácter macroeconómico, sin más sustento que la evolución del Euribor en el período precedente, juicio macroeconómico poco ponderado y que viene sustentado en la ausencia de cambios clave en el panorama económico de la zona Euro, lo que en la situación actual es mucho decir"*, concluyendo que *"la condición ahora litigiosa viene integrada junto con el resto de condiciones descritas en la condición tercera con la finalidad del establecimiento del tipo de interés remuneratorio, en cuya mecánica no puede considerarse que se rompa la debida reciprocidad en los derechos y obligaciones del contrato, sin perjuicio del derecho del consumidor a no contratar un producto, que considere por debajo de las expectativas económicas, o cuyas condiciones considera puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora."*

En el caso concreto del préstamo sometido a examen, es de ver como, al fijar un interés mínimo, por debajo del interés legal, se está manteniendo un margen de maniobra a la variabilidad del tipo de interés y por tanto, conservando los efectos propios del establecimiento en tipo de interés variable, ya que hasta un límite se puede beneficiar al usuario. De otro lado es de ver como el diferencial aplicado, es inferior a los utilizados en el mercado hipotecario por otras entidades financieras cuando comercializan los préstamos hipotecarios sin límite a la variación del tipo de interés."

De otro lado, tampoco se da la reciprocidad, entendida en los términos expuestos anteriormente, pues se recogen limitaciones, tanto en el tipo mínimo como máximo, cuya

falta de proporcionalidad, no ha quedado debidamente justificada, lo que unido a la aplicación de condiciones económicas más favorables, en cuanto al diferencial aplicable, excluyen la ausencia de reciprocidad".

La SAP de Cáceres de 24 de abril de 2012 aboga con claridad y por contra esta segunda perspectiva y así sostiene que " no se trata como pretende la recurrente de determinar si concurre la reciprocidad obligacional en el sentido de que sólo se revise si a ambas partes se le atribuyen los mismos derechos y obligaciones, sin poder entrar a examinar el precio pactado por considerarlo elemento esencial, sino que expresamente tan repetida Orden Ministerial obliga a advertir al consumidor si no existe "reciprocidad económica" entre el interés fijado como suelo y techo. Téngase en cuenta que dicha normativa exige al Notario que advierta de la existencia de desproporción o desigualdad en el caso de apreciarla, cuando el contrato incluye cláusulas limitativas a los tipos de interés, y ello es así, porque generalmente se trata de estipulaciones de difícil comprensión para el particular, que puede estar firmando un pacto abusivo sin conocer la trascendencia que supone respecto al interés pactado, al impedirle poder beneficiarse de los tipos de intereses bajos, pues sin conocerlo, está firmando una cláusula que fija un tipo mínimo muy alto en función del interés vigente en aquellas fechas y en las actuales: Euribor más 0,75 ó 1%, equivalente a un tipo de interés alrededor del 2%, cuando en las cláusulas examinadas se fija un mínimo de hasta el 5%, obligando al cliente a abonar un interés de más del doble que le pudiera corresponder de no haber firmado dicha cláusula suelo-techo. Por tanto, la desproporción es más que manifiesta y patente".

Continua sosteniendo esta sentencia que " Las cláusulas sometidas al control judicial acompañadas a la demanda no solo son absolutamente desproporcionadas, imponiendo un "límite suelo " excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza hasta el 5% en evidente perjuicio del particular, sino también se trata de cláusulas abusivas, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha limitado en unos intereses del 12%, absolutamente inimaginables en las fechas que se firmaron las cláusulas que nos ocupan, como inimaginables en la actualidad.

En estos casos el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente perjuicio para el mismo, pues se ve obligado a pagar un interés de más del doble que le

podiera corresponder, como ocurre en los últimos años y en la actualidad, y como contraprestación no ha obtenido ningún límite al alza razonable, pues se trata de "cláusulas techos" del 12%, que desde que se firmaron hasta la actualidad son absolutamente inoperante para el consumidor, de modo que se les ha impuesto unas cláusulas "suelo" sin reciprocidad alguna.

Referidas cláusulas resultan abusiva por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5 % nominal anual, que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década.

Consecuencia jurídica de lo expuesto es que ante tan evidente desproporción, las cláusulas reseñadas en la demanda deben ser consideradas abusivas pues se trata de estipulaciones no negociadas individualmente ni consentidas expresamente, que causan en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y por tanto, nulas como acertadamente se declaran en la sentencia de instancia.

Dispone al efecto 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".

Obviamente, dicha remisión debe entenderse referida a la vigente Ley de Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007), 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"., para terminar concluyendo que: " En definitiva, el conjunto de las pruebas practicadas ponen de relieve la falta de semejanza entre las limitaciones al alza y a los límites a la baja practicadas por CAJA EXTREMADURA en los préstamos hipotecarios suscritos a interés variable a que se refiere la demanda, hasta el punto, que afecta a la propia sustancia del contrato, pues se configura y pacta por las partes a interés variable, y después se le ponen unos límites por abajo tan altos, que de haberlo conocido los clientes le hubiera sido más beneficioso pactar un interés fijo.

Esto es así, porque las cláusulas suelo se han mostrado efectivas prácticamente desde el inicio de los contratos hasta la actualidad, liberando a la entidad bancaria del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, mientras que los prestatarios no verán cubierto su riesgo de tener que afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor. Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas, que no se ven compensadas con límites superiores (techos) que protejan de una manera efectiva y real a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado; requisitos que no concurren en las cláusulas suelo-techo o Condición General de la Contratación introducidas por al entidad bancaria en las escrituras de préstamo hipotecario en las que interviene, en las que se fija un límite superior del 12% que de acuerdo con lo dicho anteriormente no puede considerarse potencialmente real".

Esa visión integral de la reciprocidad ha sido auspiciada por diversas resoluciones judiciales. Así, el Juzgado de lo mercantil de Sevilla en su sentencia de 30 de septiembre

de 2010 señala, analizando los suelos y techos examinados en el caso de referencia que *"En la comparación de los mismos, a simple vista, se advierte de modo notorio un desfase entre los extremos, pues mientras considerando el tipo de partida de un préstamo, ordinariamente superior al "suelo" señalado, y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el "techo" señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15% de techo señalado, no pudiere ser afrontada por nadie o muy pocos. Y ello es de interés destacarlo considerando las estadísticas sobre el volumen de hipotecas en España en 2009 que ascendía al 42% del mercado hipotecario español (pág. 5 del informe KPMG). Es decir se reputa notorio, y a simple vista, que las limitaciones al alza y a la baja "no son semejantes" en la terminología de la OM de transparencia bancaria citada. Sino que la relación es desproporcionada y señaladamente por el lado de la subida o techo, en relación al suelo".*

De igual forma, el Juzgado de lo Mercantil de León en su sentencia de 11 de marzo de 2011 señaló que : *"fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el art. 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 n.º 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 art. 82.3 de la LGDC, 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".(...).

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".

De igual modo, debe destacarse la sentencia de 7 de abril de 2011 de la AP de Barcelona, Sección 14^a, que en el caso de una acción individual como la presente, estimó la demanda presentada por un consumidor en relación a una cláusula suelo incorporada al contrato de hipoteca y declaró que éste únicamente debería abonar el Euribor más el diferencial pactado, debido a la falta de coincidencia entre lo consignado en la oferta vinculante y en el clausulado de la hipoteca e, igualmente, la SAP de Burgos de 23 de marzo de 2012 se pronuncia a favor de la anulación.

A nuestro juicio, la clave no sólo está en esa posibilidad de estudiar la correspondencia entre el valor de las prestaciones ofrecidas por las partes, cuando la desproporción sea notoria como en este caso, sino, sobre todo, en la buena fe. La buena fe es un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. En este caso, la buena fe se proyecta en la fase de

redacción y celebración del contrato y obliga al predisponentes a "tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta ", como se expone en el considerando 14 de la directiva 93\13. En el ámbito de la LGDCU, la buena fe presenta, como se señala en la doctrina, un auténtico perfil institucional, en cuanto al aceptar una cláusula predispuesta de carácter general se proyecta sobre un grupo de potenciales consumidores, convirtiéndose en un auténtico patrón de enjuiciamiento de la validez de las estipulaciones contractuales.

Pues bien, desde esta perspectiva, es claro que partiendo de la licitud del pacto de cobertura o limitación de tipos de interés, su validez se mantendrá desde la perspectiva de la proporción o reciprocidad entre las partes. Desde este punto de vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista, es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad y, en este punto, la entidad apelante ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. Es más, se permitió elevar el suelo tras la subrogación, pasándolo del 4 % al 4'25%, eso si, ocultando ese dato al consumidor en la oferta vinculante. La entidad apelante sabe que si sólo hubiera establecido un pacto de suelo, la cláusula sería claramente desproporcionada y, por tanto, susceptible de una clara nulidad. Lo que hace es establecer esa cláusula de suelo, con voluntad de que entre en juego, al estar sustentada en parámetros reales, en el marco de una clara tendencia, con alguna leve fluctuación, a la bajada de los tipos de interés. La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula "suelo" que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluta y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12%, porcentaje tan irreal como el 18% del que partía la primitiva escritura de préstamo hipotecario concertada con el Banco de Comercio. Ese techo del 12 % no se ha aplicado nunca en la vida del contrato y es desconocido en los últimos años, sin que sea de ninguna manera previsible su

operatividad práctica. Sin embargo, la cláusula suelo se ha aplicado frecuentemente, impidiendo que el consumidor disfrute de la bajada de los tipos de interés , más allá del umbral establecido .De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula como acertadamente estableció el juzgador de la instancia

Por todo lo expuesto, debe desestimarse también en este punto, el recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.-En el último motivo de impugnación, se indica en cuanto a la nulidad de la cláusula de redondeo y la rebaja de la cláusula suelo que no ha sido tomada en cuenta por el juzgador de la instancia la modificación de la escritura inicial, mediante documento privado de 8 febrero de 2010. Por lo que se refiere a la cláusula de redondeo, porque la misma fue dejada sin efecto en el referido pacto, por lo que ha quedado sin contenido a voluntad de las partes. En cuanto a la modificación de la cláusula suelo-techo en el documento privado de referencia, concretamente en cuanto a la rebaja del suelo, porque supone una manifestación del poder de negociación del prestatario con el Banco.

Ciertamente, en fecha 8 de febrero de 2010 se modificaron en documento privado alguna de las condiciones pactadas en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario de fecha 23-08-2002.

En concreto, se estipuló lo siguiente:

1º) Una modificación del pacto de interés del préstamo hipotecario mediante la reducción del suelo del 4.250% al 3%.

2º) La supresión de la cláusula de redondeo al alza.

3º) No se incluye pacto alguno tendente a devolver las cantidades obtenidas de la aplicación de la cláusula de redondeo desde el día 23-08-2002, ni las cantidades derivadas de la primitiva cláusula suelo hasta la modificación.

De estas circunstancias, se deduce, en primer lugar, que se ha mantenido la cláusula de redondeo al alza desde 2002 hasta la fecha del documento privado. Ese tipo de cláusulas fueron anuladas por STS de 4-11-2010 y de 2 de marzo de 2011 . En esta última

sentencia tras referir que es un hecho probado de la sentencia que el Banco no ha acreditado que la cláusula de redondeo al alza ha sido negociada individualmente y que su objeto no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación, añade: *"Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para éstas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo"*.

En todo caso, dicha supresión en documento privado, como muy bien dice el juez de la instancia, no puede impedir la declaración de nulidad de la cláusula, como punto prejudicial a la pretensión de condena a devolver la cantidad de dinero que la entidad haya cobrado de más por aplicación de esta cláusula durante 8 años y cuya cuantía y recepción la entidad demandada, hoy apelante, no ha discutido.

En lo que se refiere a la bajada del suelo del 4'250% al 3%, debe mantenerse el criterio del Juez de la Instancia, pues con dicha modificación no existía realmente intención de suprimir la cláusula, que fue lo pedido por el consumidor, sino modificar levemente el suelo a la baja, confirmando la cláusula litigiosa, desde entonces al 3%, a pesar de su nulidad. Además, no se devuelven las cantidades obtenidas desde el año 2002 con el suelo inicial que, no olvidemos, era mayor que el que tenía concertado el actor con el Banco de Comercio y por eso, el citado documento privado no puede ser obstáculo a la nulidad.

Por todo lo expuesto, se confirma también la sentencia de instancia en este punto.

SEPTIMO.-De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C . las costas de esta alzada no se imponen a la parte apelante no obstante desestimarse el recurso, pues estamos ante una cuestión que presenta serias dudas de hecho y de Derecho, con resoluciones judiciales contradictorias en el ámbito de los Tribunales, que no se despejarán hasta que se pronuncie nuestro Tribunal Supremo, lo que permite aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo.

Por el mismo motivo debe revocarse la sentencia de la instancia en este concreto punto de las costas que, a nuestro juicio, incorrectamente se imponen a la demandada, no pudiendo olvidar que el innegable defecto de información que sufrió el actor no es la única cuestión discutida en el litigio y muchas de las demás presentan serias dudas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

F A L L O

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA contra la sentencia núm. 8/2012, de fecha 18 de enero de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia y Mercantil núm. 1 de Cáceres en autos núm. 786/11, de los que éste rollo dimana, y, en su virtud, debemos REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE referida sentencia en el único particular de no hacer pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en la instancia, confirmando íntegramente la resolución en el resto de su contenido; y ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la alzada, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009 (LA LEY 19390/2009) , en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

que suscribe la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO en relación a la Sentencia núm. 281/12, de 23 de Mayo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres en el Recurso de Apelación nº 222/12, dimanante de Procedimiento Ordinario núm. 786/11 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres.

La referida sentencia de cuya fundamentación y fallo discrepo, con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, resuelve estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA/LIBERBANK, S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y Mercantil número 1 de Cáceres, revocando únicamente el pronunciamiento sobre costas procesales y declarando, en consecuencia, la nulidad de la condición general de la contratación que establece un tipo de interés mínimo y máximo de referencia, contenida en el préstamo hipotecario concertado a interés variable por Don Pedro Antonio y dicha entidad.

Comparto la opinión de la mayoría sobre el resto de los motivos del recurso, refiriéndose el presente voto particular a la calificación que se hace como abusiva, de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés que establece un tipo mínimo de 4,25% nominal anual (que después se modificó al 3%) y un tipo máximo del 12% nominal anual, como abusiva.

En relación al carácter abusivo de esta cláusula planteo las siguientes consideraciones, a saber:

Primera .- Cuando quien se adhiere a las condiciones generales (como lo son las cláusulas impugnadas) es un consumidor, resulta de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de

julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, teniendo carácter preferente, pues el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite a la LCU, en lo que se refiere al examen del contenido de las cláusulas, considerando nulas las condiciones abusivas cuando el contrato se hubiera celebrado con un consumidor. Conforme al artículo 82 LCU, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por tanto, el carácter de condición general no determina por sí que las cláusulas sean abusivas.

Segunda .- La doctrina ha señalado que el control de las condiciones generales impuestas a un consumidor puede hacerse desde el punto de vista del consentimiento, o desde el punto de vista del equilibrio contractual. El primero es un control de inclusión, un control formal, que garantiza la que las referidas cláusulas sean comprensibles e inteligibles, y el segundo, un control de contenido, que se articula en torno a la cláusula general, mediante la cual se define qué es una cláusula abusiva, regla que se complementa con un elenco de cláusulas tipo que son, o pueden ser consideradas, abusivas.

El primero tiene por finalidad garantizar que el lenguaje utilizado sea claro y comprensible, sea legible y que se hayan puesto a disposición del consumidor de manera que tenga la oportunidad real de conocerlas antes de la conclusión del contrato. De manera que, si no se han respetado todas estas garantías, el consentimiento estaría viciado, debiendo interpretarse siempre las cláusulas no negociadas en el sentido más favorable al consumidor y siempre en el litigio individual que pueda plantearse para impugnarlas (STJCE, sala 1ª, 9.9.2004, Asunto C-70/03 (LA LEY 186134/2004), Comisión/España).

El segundo tiene como finalidad velar por el equilibrio de las prestaciones, y es un control del contenido de la cláusula y no de la formación del consentimiento del consumidor.

A este segundo se refiere el presente procedimiento en el que se pretende que se declare la nulidad por ser abusiva, de la cláusula general que establece un TIPO MÍNIMO DE

INTERÉS del 4,25% NOMINAL ANUAL (que se modificó por las partes el 8 de febrero de 2010, fijándose en el 3%), y un TIPO MÁXIMO del 12% NO MINAL ANUAL.

Tercera .- Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula que limita la variación de los tipos de interés estableciendo un tipo mínimo y uno máximo no es nula por sí misma, estando reconocida en nuestro ordenamiento jurídico tal y como ha señalado el Banco de España y se regula en la Orden Ministerial de 5 de junio de 1994. El tipo de interés por tanto, se fijará por las partes en función de la situación del mercado y de la libre competencia, rigiendo el principio de libertad en la negociación, conforme a lo dispuesto en el artículo 315 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) , pudiendo incluirse limitaciones del tipo de interés variable, siempre y cuando no sean abusivas en la medida en que suponga un desequilibrio en las prestaciones de las partes.

Constituye el objeto de este procedimiento por tanto, determinar si la cláusula general que establece un **TIPO MÍNIMO DE INTERÉS del 4,25% NOMINAL ANUAL (que se modificó por las partes el 8 de febrero de 2010, fijándose en el 3%), y un TIPO MÁXIMO del 12% NOMINAL ANUAL**, supone un desequilibrio o falta de reciprocidad para las partes del contrato, pues sólo podrá ser considerada abusiva cuando en contra de las exigencias de la buena fe, implique un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y en perjuicio del consumidor. Es decir, sería abusiva en caso de que se generara a favor de la entidad bancaria de una situación beneficiosa no reconocida en términos equivalentes al consumidor y que no tenga reflejo en el resto de los elementos del contrato.

Cuarta .- Si por lo tanto, las cláusulas que limitan el tipo mínimo de interés variable no son nulas *per se* , su carácter abusivo por implicar un desequilibrio entre las partes tendrá que determinarse valorando todas las circunstancias que concurren en cada contrato concreto de forma conjunta, y entre ellas, cuáles sean los límites de interés mínimo y máximo que se hayan establecido. El control que puede hacerse al amparo de lo dispuesto en los artículos 82 y 87 de la LCU es un control de la correcta distribución de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, "de forma que, en contra de las reglas de la buena fe, se imponga a una parte obligaciones a su exclusivo cargo, de cuyo cumplimiento se exonera a la contraria, o bien se atribuye al

predisponente derechos o facultades no reconocidas al adherente" (sentencia del Juzgado Mercantil número 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011).

Por tanto, el desequilibrio vendría determinado por las diversas circunstancias que concurran en cada contrato, siendo una de ellas, la desproporción entre la limitación al alza y a la baja del tipo de interés, y sobre este respecto debe tenerse en cuenta el informe del Banco de España BOGG, de 7 de mayo de 2010, que señala la enorme dificultad que existe para determinar la proporcionalidad entre cláusula suelo y techo, que "requiere el análisis de las circunstancias de cada caso, ya que la proporcionalidad está vinculada al precio del producto y este viene determinado por un conjunto de elementos (índice, diferencial, frecuencia de las revisiones, plazo, vinculación exigida, etc.) diferentes para cada préstamo y relevantes en cada momento. En todo caso, la proporcionalidad de una cláusula que incluya simultáneamente acotaciones a las variaciones de un índice de referencia, incluso valorada aisladamente y relacionada exclusivamente con su duración, sólo podría determinarse -aún en la hipótesis de equiparar proporcionalidad y precio cero- a partir del conocimiento de la fecha de formalización del contrato, pues depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

Así lo pone de manifiesto la sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Alicante, que señala que, la supresión de la cláusula suelo y el mantenimiento del tipo de interés variable, sin ninguna limitación, podría determinar que el banco necesitase acudir a un porcentaje mayor de beneficio para que le pueda resultar rentable la operación, valorando los posibles riesgos de impago y reducción de los tipos de interés. Y que, precisamente la existencia de ese suelo ha permitido otorgar un préstamo con un interés inferior al que se habría pactado en caso de no existir. Es decir, el desequilibrio debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del contrato e incluso del mercado, y no solo los límites establecidos como suelo y techo, pues estas circunstancias son determinantes ya que el consumidor podría haber cambiado a otra entidad bancaria su préstamo a interés variable, y las condiciones podrían ser incluso más gravosas para él que las que suponen la inclusión de la cláusula suelo o techo. Como señala la sentencia del Juzgado Mercantil número 9 de Madrid considerar la reciprocidad de la cláusula aislada y desde la

perspectiva del correcto equilibrio económico de las prestaciones, tratándose de una entidad que interviene en el mercado en régimen de libre competencia con otros sujetos... puede producir efectos no deseados en el ámbito competencial e incluso afectar negativamente la posición de la entidad en el mercado".

En el caso de autos, la cláusula impugnada prevé un tipo mínimo y máximo de interés, por lo que, en principio, no puede considerarse que el establecimiento del tipo mínimo perjudique al consumidor ya que de la misma manera, se ha establecido un tipo máximo que le puede beneficiar. Si se considera que la desproporción radica en el tipo máximo de interés pactado en las cláusulas objeto de este proceso, cabe señalar que se encuentra por debajo de la media señalada en el informe del Banco de España, circunstancia que es relevante a la hora de valorar si existe o no el desequilibrio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de marzo de 2012 , que anula una cláusula en la que se establece un tipo máximo del 17,50%). Además, teniendo en cuenta la duración de los préstamos hipotecarios (hasta cuarenta años) y la imposibilidad de determinar en qué medida variarán las circunstancias económicas, no puede afirmarse que exista falta la reciprocidad económica y una desproporción evidente en el establecimiento de un techo del 12 por ciento, como han declarado las sentencias del Juzgado de Primera Instancia número 4 y Mercantil de Jaén de fecha 7 de febrero de 2012 , la del Juzgado Mercantil número 9 de Madrid, de fecha 8 de septiembre de 2011; del Juzgado Mercantil número 2 de Alicante, de 23 de junio de 2011; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de fecha 7 de octubre de 2011 , o de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 2 de febrero de 2012 .

Quinta .- La sentencia considera que existe desproporción entre las prestaciones de las partes en el contrato de préstamo como consecuencia de la aplicación del tipo mínimo y máximo pactado, y que dicha desproporción es notoria. Sin embargo, si como sostenemos, la desproporción de las prestaciones de las partes no puede deducirse únicamente de la cláusula impugnada, esto es, de cuál sea el límite de los tipos de interés mínimo y máximo que se hayan pactado, sino que han de tenerse en cuenta todas las condiciones del préstamo y las circunstancias del mercado, la carga de la prueba de dicho desequilibrio incumbirá a la parte que lo alega en este caso la parte actora, sin que

sea suficiente por lo que se ha expuesto alegar la diferencia existente entre el tipo mínimo y máximo.

Por ello, al no haberse aportado prueba alguna que justifique el desequilibrio contractual sufrido por el demandante, la falta de prueba al respecto a él debe perjudicar, debiendo desestimarse su pretensión de que se declare la nulidad de las cláusulas impugnadas.

Por todo ello y a modo de CONCLUSIÓN:

Considero que la cláusula impugnada no puede ser considerada abusiva por no haberse acreditado el desequilibrio que supone entre las prestaciones de las partes, por lo que el recurso debió estimarse parcialmente desestimándose la pretensión de que se declarara nula la cláusula general que establece un TIPO MÍNIMO DE INTERÉS del 4,25% NOMINAL ANUAL y un TIPO MÁXIMO del 12% NO MINAL ANUAL.

MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO.