JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE SEVILLA

Avda. de la Buhaira nº 26 Edificio NOGA - Planta 7ª
Tlf.: 955921006 / 007/ 008/ 009. Fax: 955921010
NIG: 4109142M20100000982
Procedimiento: JUICIO VERBAL 348/2010. Negociado: 5
Deudor: D/ña. CAJAMAR, CAJA DE AHORROS DE GALICIA, BBVA SA y CAJAMAR CAJA RURAL SCC
Procurador/a Sr./a.: MAURICIO GORDILLO ALCALA, MARTA MUÑOZ MARTINEZy MARIA DOLORES ROMERO GUTIERREZ
Letrado/a Sr./a.:
Acreedor D/ña.: ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS
Procurador/a Sr./a.: JUAN RAMON PEREZ SANCHEZ
Letrado/a Sr./a.:

S E N T E N C I A n º 246/10

OCT 2010

En Sevilla a 30 de septiembre de 2010.

Vistos por mi, Miguel Ángel Navarro Robles, Juez del Juzgado Mercantil nº 2 de esta Ciudad y su Partido Judicial los presentes autos de juicio verbal sobre acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación seguidos con el nº 569/10, entre partes, de la una como demandante AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. Pérez Sánchez y asistido por Letrado Sr/a. García Carrellan, y de la otra como demandada las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. Romero Rodríguez, y asistida de Letardo Sr. , CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. Gordillo Alcalá y asistida de Letrado Sr., y contra CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr/a. Muñoz Martínez y asistida de Letrado Sr/a. Canglé Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el mencionado actor se presentó demanda de juicio verbal contra referido demandado/s que basaba en los hechos que enumeradamente exponía, y que aquí se dan por

reproducidos en aras de la brevedad y tras invocar los fundamentos que consideraba aplicables terminaba suplicando se dictara sentencia estimatoria de la accion de cesación colectiva que actuaba con los demas pronunciamientos favorables y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda tuvo lugar la celebración del juicio con el resultado que obra en autos, practicándose en el mismo la prueba propuesta por las partes. Finalmente, quedaron los autos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado, en esencia, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora ejercita, en esencia una acción colectiva de cesación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios para que se declare la nulidad, por abusivas, de determinadas condiciones generales de la contratación que vienen siendo empleadas por las demandadas en sus contratos de préstamo hipotecarios a interés variable, más concretamente las denominadas "cláusulas suelo" de intereses, que, en esencia, impiden que estos bajen de un tope mínimo, bien directamente o bien indirectamente según las modalidades que se describen en la demanda, asi como para que las eliminen de tal clase de contratos. El abuso residiría en el perjuicio que su imposición supone a los consumidores privándoles o perjudicándoles por no permitirles disfrutar de las bajadas del índice de referencia que se vienen produciendo en la actualidad (bajadas del Euribor). De la limitación a la baja del tipo o de las fluctuaciones del tipo derivaría el desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor, pues, por el contrario el tope máximo es tan alto que estadísticamente nunca se va a dar. Aportándose la comparativa de evolución estadística del Euribor desde sus inicios. Entiende la actora "en resumidas cuentas -como literalmente señala en su prolija demanda- las cláusulas configuradoras de tipos de interés variables no deben hacer alusión a tipos incongruentes con la variabilidad de la operación y, en este sentido, tienen que responder a una autentica fluctuación del mercado monetario y evitar que establezcan una variación del interés en beneficio de una sola de las partes.

Por la defensa de BBVA se opone, sucintamente, la falta de legitimación activa de AUSBANC, pues ni acredita acuerdo previo para demandar ni el interés que defiende al no señalar relación material alguna con los sujetos a los que dice defender en relación a la tutela que impetra para los mismos. Además de la prejudicialidad administrativa dada la exclusión ya confirmada por el Juzgado Central Contencioso Administrativo nº 3 del Libro Registro de Asociaciones de consumidores, el pasado 6 de mayo de 2009 y que sin embargo ni siquiera se menciona por la actora pese al tiempo trascurrido, no constando ulterior recurso en autos. Y en cuanto al fondo que no se trata de una condición general pues no resulta impuesta al cliente sino negociada individualmente con el mismo, como elemento esencial del contrato, fruto de la libertad de pactos y por tanto potestativa, y que cumplen una función económica nuclear al asegurar al prestamista y prestatario la aplicación de un tipo de interés mínimo y máximo, receptivamente ante oscilaciones del tipo de interés. Su carácter esencial resulta de la OM 5 de mayo de 1994 que impone la obligación de informar de las condiciones financieras y las condiciones de claridad de la misma. Siendo la decisión del consumidor reflexiva y fruto de un proceso de contratación estructurado. Pudiendo el cliente elegir otra oferta del mercado. A tal efecto la ley 2/1994 de Subrogación y Modificación de Prestamos hipotecarios dota al consumidor de un instrumento negociador eficaz que le permite renegociar las condiciones de su préstamo durante toda la vida de la operación. También la normativa sectorial bancaria impone a las entidades financieras un altísimo grado en la información precontractual que alejaría toda idea de imposición. Que además conforme a la cartera de préstamos a tipo variable entre 2003 a 2009 resulta que el 79% contiene pactos de techo y suelo, mientras que el 21% solo contiene pactos de techo. No hay pactos con únicamente suelo. Multitud de ellos han sido renegociados eliminando bonificando o suprimiendo Aportando justificación documental de contratos renegociados (doc5 y 6). Que son útiles y reveladoras las conclusiones del informe del Banco de España en cumplimiento de la moción del pleno del Senado de 7 de mayo de 2007 sobre el carácter positivo de tales cláusulas dichos pactos pues disminuyen el coste medio de crédito hipotecario, aumenta la estabilidad del sistema financiero y facilita la accesibilidad al mercado de la vivienda. Rechaza la comparación histórica del EURIBOR que hace valer la actora pues no considera el plazo medio de duración de los prestamos en torno a 24 años, por lo que debiera haberse ampliado el horizonte, también con la evolución del MIBOR como tipo de referencia anterior al euro, que ofrece niveles de subida superiores al 16%, y así doc dictamen pericial aportado doc. La validad de la cláusula se encuentra avalada expresamente por la OM de 12 de diciembre de 1989. Y que el test de abusividad también arroja un resultado negativo porque además de ser una cláusula negociada, cumple las exigencias de la buena

fe, no produce desequilibrio importante de derechos y obligaciones, ni limita derechos de consumidor y no resulta desproporcionada en relación con el perfeccionamiento o ejecución del contrato.

Por la defensa de CAJAMAR, también se opuso la falta de legitimación actora adhiriéndose a los alegatos de la anterior, y se opone de fondo previamente el informe del Banco de España a solicitud del gobierno por el que del que resultaría la legalidad de las cláusulas de autos y la imposibilidad de declararlas abusivas. Así como la antigüedad y aceptación general de las mismas, desde antes del 2003. Siendo además utilizada solo por un tercio de las entidades financieras españolas según también los datos del Banco de España. QUE la corrección del "riesgo del tipo de interés" también se aplica por el Banco Central europeo o en el mercado interbancario a que tienen que acudir las entidades financieras a obtener dinero. Su justificación está, en palabras del B.E, en "mantener un rendimiento mínimo de eses que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones".Son cláusulas positivas pues disminuyen el coste medio de crédito hipotecario, aumenta la estabilidad del sistema financiero y facilita la accesibilidad al mercado de la vivienda. Además no es una condición general pues faltaría, de un lado, el requisito de la imposición, al ser precisamente el precio de la hipoteca lo que real mente se discute y negocia. También faltaría la prepotencia o prevalencia. Tampoco es abusivo dado los mecanismos de protección previstos en la Ley. Asi al tratarse de un elemento esencial del contrato se excluye positivamente de la apreciación de abusividad (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Esta sujeto al principio de libertad de pactos (OM Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989), bajo las condiciones de claridad concreción y trasparencia (OM 5 de mayo d 194 sobre trasparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios). Además de la salvaguarda que suponen la emisión obligatoria por parte de la entidad de una oferta vinculante y la actuación en Notaria con derecho a examen del proyecto previo a la firma. Sosteniéndose en la libertad de consentimiento. La negociación individual de la cláusula impide la aplicación del los arts 82 y ss de TR de la Ley de Consumidores 1/2007.

Por la defensa de CAIXA GALICIA, también se opuso la falta de legitimación actora adhiriéndose a los alegatos de la anterior y se opone de fondo, en esencia, que la aplicación de límites a la variación del tipo de interés aplicable no se impone al cliente sino que es objeto de un pacto específico al igual que las restantes condiciones financieras del préstamo hipotecario. Que LA CAIXA en la actuación para la formalización de los prestamos se ajusta en todo momento a la normativa bancaria de trasparencia e información a la clientela, así en cuanto a la

multiplicidad de folletos informativos, y la realidad de la oferta vinculante con validez de 10 días hábiles, que permite al interesado acudir a otras entidades para obtener la mejora de condiciones financieras. Como muestra aporta documental de ejemplares de folletos, ofertas vinculantes y de escrituras de hipoteca con y sin limitaciones. Que los limites establecidos operan sobre el interés final aplicable y lo son siempre simultáneamente al mínimo y al máximo. Que la interpretación estadística que se hace por la actora de la evolución de los tipos de interés es parcial y sesgada pues solo considera el periodo del EUIBOR, que existe desde el año 1999, sin considerar el periodo anterior y en particular el propio de la duración mas ordinaria de créditos, que ya se extiendes hasta los 30 yo 40 años. Que la limitación de la variabilidad esta autorizada por la normativa de trasparencia y así lo refleja el Banco de España en su reciente. Que LA CAIXA ha actuado en los últimos años multitud de modificaciones de tal cláusula como consecuencia de la renegociación de condiciones económicas de los préstamos, aportando ejemplares de tales contratos((doc 16 y 17 y 18 y 19)informe sobre el particular previa de la entidad trasparencia y comprensión

SEGUNDO.- Sobre la falta de legitimación activa de AUSBANC y de la prejudicialidad administrativa excepcionadas en autos. Frente a los alegatos de las codemandadas entendía AUSBANC que aún se mantiene la medida cautelar de suspensión de su exclusión del Libro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios estando la cuestión recurrida ante el Supremo, haciendo aseveración expresa sobre ello si bien no se aportaba justificación documental alguna, señalándose por remisión a los propios autos de la sede judicial contenciosa administrativa, no reiterado por ninguna otra parte en sede de prueba. Asimismo se consideraba bastante para demandar a falta de acreditación documental de acuerdo previo y expreso del órgano de dirección de la entidad, la propia demanda y el poder al efecto de demandar. Remitiéndose su interés al coherente al ejercicio de la acción para la defensa de intereses colectivos que actuaba y que resulta de las escrituras de hipoteca aportada que contemplan la cláusula cuestionada. Circunscribiéndose en todo caso a los contratos con consumidores y usuarios y no a todos los del propio tipo empleados por las codemandadas con otros interesados.

Sobre la legitimación y no obviando la extensa literatura producida sobre el tema en la jurisprudencia menor y superior antecedente (Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15ª, S 22-9-2008, nº 334/2008, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, S 21-2-2006, Tribunal Supremo Sala 1ª, S 16-12-2009, Tribunal Supremo Sala 1ª, S 12-12-2008), se considera en esta sede, en línea con la alegación actora que la existe una norma especial

que regula la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas de cesación, como es el caso, contemplando a " *3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores*". Que remite al actual art. 24 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores, el que señala "*1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.*"

Los requisitos de constitución se mencionan en el art. 20.1,esencialmente, *1. Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter* general", bien en relación con bienes o servicios determinados.

Por tanto, constituirse conforme a lo dispuesto en la Ley de Consumidores es constituirse con arreglo a la normativa estatal de asociaciones, pero, también, respetando los requisitos exigidos por la Ley de Consumidores en cuanto a su carácter y régimen de interno y de actuación (no animo de lucro, independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos que destaca el propio art. 20, funcionamiento democrático etc), pues de lo contrario podrían devenir ilegales o contrarias a la ley, claro que ello, previa su declaración oportuna, y a su vez, tener como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores.

Basta pues acreditar su legítima constitución y aquella finalidad estatutaria, sin que comprenda a esta sede el control de legalidad de aquella constitución ni de la legalidad de su funcionamiento carácter o régimen de actuación.

Tampoco se advierte real exigencia "legal" de inscripción en ningún Libro especial de Asociaciones de consumidores y Usuarios, sin perjuicio de que tal exigencia sirva de base a un régimen singular de prerrogativas y privilegios administrativos o fiscales. Lo que no parece ni se advierte es que sea detonante de cualidad procesal determinada, pues nada tiene que ver esta con aquellas prerrogativas o beneficios que reglamentariamente

integran el estatuto de las entidades asociativas declaradas hábiles a tal inscripción y titulo administrativo (RDL 825/1990, de 22 de junio). Así y en el mismo sentido la exigencia de su previa declaración de utilidad pública e inscripción en el correspondiente Registro para la obtención del beneficio de la justicia gratuita, sin que la falta del mismo empece a la legitimación para una causa concreta, que es algo distinta (arts 2 c), de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, 32 y 35 de la Ley Orgánica 1/2002 37 y 37 TR LcyU.

Tampoco resulta, por lo mismo, que tal inscripción comporte un plus de legitimación en este ámbito sectorial determinado de autos, de las condiciones generales de la contratación, y de ahí que la normativa reguladora de las mismas no establezca especial mencion a ello, haciéndose remisión general a la normativa general de los consumidores.

Lo anterior resulta coherente asimismo a principios generales materiales y formales (*pro comsumatore, pro actione*) y general tutela de los consumidores (art. 51 CE). Y desde la perspectiva procesal, además, resulta correspondiente a la flexibilidad que parece inspirar la regulación procedimental que da cobertura a las acciones colectivas de cesación, residenciándolas expresamente en un mero juicio verbal, que ciertamente facilita el acceso a tal tutela con mayor simpleza de trámite y coste, aunque desde la perspectiva de su contenido, su estrechez parece contrariar la enjundia jurídica y alcance real que en muchas ocasiones tiene juicios de estas características, como es el caso de autos. Y muestra de ello es asimismo el prolijo contenido no solo de la demanda y de la documental que aporta, sino igualmente de las contestaciones respetivas vertidas de modo verbal en el acto de la vista, sin perjuicio de las notas o instructas incorporadas a autos con la conformidad de todos manifestada en el propio acto.

Considerando lo anterior y en la misma línea de flexibilidad y legalidad antes considerada se reputa con suficiencia la concurrencia del requisito de la legitimación activa de AUSBAN para la presente litis, en coherencia a los términos de la contradicción suscitada en autos en relación a la necesidad de su regular constitución.

Y así también se hace valoración de su interés legitimo en el asunto cual es aquella tutela genérica pero conectada y relacionada con los contratos de hipoteca que aporta, como muestra de la realidad de las cláusulas cuyo carácter cuestiona en el interés colectivo que actúa de los consumidores. Sin que se haga preciso por ello mayor conexión o concreción de su interés respecto de persona o personas determinas.

Sobre la necesidad de acreditación documental de acuerdo del órgano de dirección de Ausbanc para la presente demanda. NO se valora tampoco la necesidad de acreditación documental especifica de expresión de la voluntad determinada, para el presente caso, de su órgano de dirección, esto es de ningún acuerdo expreso para demandar, como señala la defensa de BBVA, haciéndose además parangón por la misma con la situación de Sindicatos o Comunidades de Propietarios, toda vez que se trata de realidades distintas con naturaleza netamente diferenciadas. Asi y no siendo este ámbito el adecuado para valorar la naturaleza de un Sindicato, aún sin duda diversa de la de una Asociación, ha de rechazarse tal comparación en este caso. Y frente a las Comunidades de Propietarios, ha de destacarse que las Asociaciones, tiene propia naturaleza orgánica de que carecen aquellas. Estas vienen a situarse en un *tertius genus* entre la representación orgánica y la voluntaria (STS 15-1-88), y como derivación de esta última, por delegación del grupo de comuneros o vecinos, es razonable la acreditación de la encomienda concreta del ejercicio de cualquier acción cuyo costo y resultado haya de alcanzarles o comprometerles. También el comunero simple puede accionar por sí mismo, si bien que solo con alcance en sentido favorable respecto o en relación a los demás comuneros, pero nunca en sentido perjudicial para ellos, como no lo autorizaren y apoderaren previa y expresamente para ello (arts 394 y 397 Cc).

El mandato de la Asociación es asumido por la misma con sanción legal para la defensa de intereses colectivos, sin necesidad de mandato particular de cada uno de los reales o potenciales consumidores. Mandato que sí seria exigible, sin embargo y por ejemplo, para la actuación de intereses particulares de asociados o de la propia asociación con posibilidad y alcance de perjuicio a aquellos o a ésta. Lo que no es el caso de autos.

Así rechazadas las excepciones de forma, procesales o previas y reputando válidamente producida la relación jurídico procesal pasamos a exponer la valoración sobre el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO.- Consideración de las cláusulas de autos como condiciones generales de la contratación. Se considera en efecto que nos encontramos ante pactos o cláusulas en el ámbito del art. 1 de LCGC. No se reputa que sea especial en el sentido que se propone por las defensas de las codemandadas al objeto de situarlas en el marco de condiciones producto de negociación individual y excluidas del carácter de generalidad que contempla la ley. De una parte la ley no excluye de suyo condiciones esenciales o no, en el sentido de elementos esenciales del contrato, en este caso de préstamo hipotecario. No hay dificultad

en considerar condiciones generales de la contratación sobre un elemento esencial cualquiera, pues puede ser predispuesto, impuesto, generalizado o generalizable a una pluralidad de contratos, y prerredactado por quien tiene un superior poder de negociación. Y así puede serlo la porción añadida y acceroria sobre el precio que se reputan las clusulas de suelo y techo, pues no son sino limitación, añadida al mismo. Esto es un plus sobre un precio previamente acotado, tanto con un tipo referencial, como por un diferencial o correctivo que ya pretende situar un determinado nivel de "salida" de la retribución o precio del préstamo.

Las cláusulas de autos no son meras cláusulas de intereses, sino pactos añadidos y accesorios de limitación de aquellos, y en tal medida ciertamente también coadyuvan a definir la remuneración del mismo, pero no son obviamente su esencia. Por lo que saltan a la vista que tienen carácter de condición general, no son el objeto de la libre negociación ni fruto exclusivo de la misma, sino que viene predispuesta e impuestas en la normalidad de los casos, resultando la excepcionalidad su variación y negociación particular. Y ello aunque varíen o puedan hacerlo en mas o en menos entre unas y otras entidades financieras.

La aportación en autos de contratos para la acreditación documental de la realidad de cambios o modificaciones de cláusulas suelo o techo o para dejarlos sin uno y otro, en realidad confirma la realidad no de una negociación generalizada sino de la eventualidad de actuaciones unilaterales de las entidades bancarias en función de diversos criterios de su absoluta discrecionalidad fruto de su política de captación de clientela y considerando la solvencia del cliente, oportunidad de asociar al mismo otros productos o servicios etc).

Una condición precisamente es general porque generalmente se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio (APMadrid, sec. 11ª, S 21-2-2006), sin perjuicio de que haya casos en que a ciertos clientes y por sus propias cualidades o condiciones que interesen al Banco, éste permita su matización o adaptación oportuna al caso.

En definitiva se trata de cláusulas reconocibles en cuanto que aparecen integradas en una pluralidad de contratos, y por tanto con generalidad, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario, para su incorporación a los mismos, con independencia de la autoría material de las mismas artículo 1.2 L.C.G.C. , artículo 3.2 de la Directiva 93/131 C.E.E. de 5 de abril de 1993 y art.59.3 TRLCyU).

Lo anterior no quita la elemental reflexión en la contratación de un préstamo hipotecario por el usuario, pero no sobre la base de alternativas libremente configurables ante la misma entidad, si bien que pueda serlo respecto de las ofertas de varias entidades, y según las cláusulas tipo que en cada momento se preestablezcan por las mismas. Pero entonces la diversidad y capacidad de decisión no suponen negociabilidad alguna, pues no enfrenta decisiones sobre un mismo contrato sino entre contratos y sujetos distintos. Como las posibilidades y alternativa que permiten o sustentan la subrogación de hipotecas conforme a la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

La cláusula suelo por otro lado y como se insiste, no cabe reputarla esencial elemento en cuanto que parte del precio, sino que meramente accesorio al mismo, pues se añade como un pacto mas que sirve precisamente para la limitación o control de la fluctuación o variabilidad admisible en el contrato y mas concretamente es accesoria y limitadora, y a su vez de otra cláusula como es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato. Pacto accesorio de control a modo de cláusula de estabilización negativa, que solo se aplica cuando se da el mínimo que contempla, y que por lo mismo puede no darse nunca o darse y no darse sucesivamente durante la vida del contrato.

En tal sentido no es muy diferente de la cláusula de redondeo al alza, ya mas conocida y consolidad su consideración como pura y simple condición general de la contratación en conocida jurisprudencia. Al igual que aquella actúa como añadido y cierre al calculo de los interés, en este caso como topes, cuyas previas bases parte precisamente de considerar, bien de modo directo o indirecto, en las dos modalidades que aquí se hacen valer y destacan por Ausbanc.

En definitiva está plenamente sometida al ámbito de la Ley de CGC, como también lo estaba la mas conocida del redondeo.

A mayor abundamiento, y en el mismo sentido y contradictorio a la negociabilidad que se menciona por los codemandados, cabria valorar el Informe del Banco de España publicado en en BOCG, Senado núm 457, pag 19, punto 3.2 in fine) señala " *la encuesta ha demostrado que las entidades no aplican estas cláusulas ni establecen sus umbrales en función de las características de la operación, el perfil de riesgo del cliente, el porcentaje de financiación, el canal comercial de originación o el grado de vinculación acordado. En resumen la tipología de las operaciones con limitación es similar a la de los contratos sin limitación".*

CUARTO.- En cuanto al **control de abusividad** de los pactos de autos, cabe adelantar que se aprecia solo cubren notoriamente y con soltura el riesgo de una parte negocial, el Banco, y no así y de modo "semejante" el del prestatario, por lo que han de reputarse nulas por abusivos como se pasa a exponer.

Ciertamente el contrato de préstamo bancario es un préstamo mercantil, por intervenir una entidad Bancaria, y reconocerse generalmente como acto de comercio sujeto al Código de Comercio y a la normativa sectorial bancaria y como tal naturalmente retribuido (a diferencia del civil), oneroso y commutativo. Siendo así cabe comprender como señalan los codemandados y seria obvio por lo demás, que no se espera que sea gratis, sino retribuido a favor del Banco. Siendo coherente que el Banco fije su retribución.

Y tampoco ofrece mayor dificultad, en principio, la admisión de pactos de variabilidad de intereses, y de sobrepactos de limitación de dicha variabilidad.

Ciertamente también, la posibilidad de los mismos es legal en cuanto que previstos en la normativa sobre transparencia bancaria (apartado 3, Anexo II de la OM 5 de junio de 1994). Y así y con tal mero alcance se valora el control actuado en el Informe del Banco de España de autos (y publicado en el BOCG,Senado, núm 457) sobre la admisibilidad de los mismos, con mas (ni menos) exigencia que la garantía de la adecuada información previa y de su redacción clara y comprensible que funda la libertad del consentimiento del usuario. Remitiendo correctamente tal informe al control judicial sobre el eventual error de consentimiento en el caso concreto. Admitiéndose en tal informe consideraciones que abordan un control de abusividad en el que, sin embargo, solo se adentra de modo perimetral y parcial, en cuanto se queda finalmente, también para el análisis de reciprocidad, en la literalidad, caridad y comprensión de las cláusula. Si bien que sin embargo no desconoce dificultades y diferencias significativas entre los tipos de suelo y los tipos de techo, y en relación especialmente con estos últimos para los consumidores.

Así dice en pág 21 (varios párrafos antes de acabar el punto 3.3) "En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones *que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos."*

Y aunque no parece que haya obstáculos para un control de abusividad de mayor alcance por aquella entidad, la ausencia del

mismo, como de otras entidades o personas (como pudiere quizá ser también por el Notario Actuante en los prestamos, y previo al control ulterior del art. 84 TRLCyU), no priva de la oportunidad planteada de realizar tal control en sede judicial, pues, si bien la Ley 7/98 LCGC no incorporó el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia Europeo, el mismo no se opone a que una normativa nacional como la española 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 (STJE 3 de junio de 2010, asunto c-484/08, cuestión prejudicial AUSBANC v.CAJA MADRID).

Las pactos de autos, son mecanismos de cobertura del riesgo de la variabilidad de los tipos de referencia de los préstamos hipotecarios, y sujetos a los deberes de información que exige el RDL 2/2003 y actual Ley 36/2003 de 11 de marzo, de Medidas de Reforma Económica, cuyo art. 19 expresamente exige su constancia en la oferta vinculante previa. Sujeto además en interés de ambas partes y en especial del consumidor, a criterios de equivalencia o semejanza en los términos del art. 7 de la OM de 5 de mayo de 1994, además de tenerse que hacer constar expresamente.

Como se refiere tanto en el Informe del Banco de España citado (apartado 3.2) como en el pericial de autos de la entidad KPMG, aportado por la defensa de BBVA, las cláusulas suelo tratan de garantizar un interés o retribución mínima al prestamista que le permita la sostenibilidad de los costes de capital y costes relativos a gastos de estructura, y la cláusula techo, por su parte, pretende reducir los efectos adversos que pudieren presentar para el prestatario, esto es cubrirle frente a los incrementos del tipo de referencia. Resulta así el interés respectivo de cada parte en uno y otro tipo de límite.

El pacto de autos es así uno de los mecanismos o instrumentos de cobertura, de los posibles, para limitar el riesgo de la volatividad de los tipos de intereses. Otros pueden ser una operación financiera de tipos o la más de moda en sede concursal de la permuta financiera de tipos de intereses (SWAP), aunque estos de costes mas altos y de complejidad superior, como asimismo reconoce aquel informe pericial.

Atendida aquella finalidad y desde la perspectiva de la reciprocidad de partes (art. 82.c LCGC) solo cabria reputar en principio la licitud de todo pacto de cobertura o de limitación

de riesgos de variabilidad, que cubriere recíprocamente a ambas partes en igual o análoga medida o alcance. Es decir de modo semejante (art. 7 , 2° c) de la OM 1994 impone la obligación al Notario de informar a las partes"..En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja…", consignándolo en la escritura. De ahí que se considere, a contrario, que;

1° Un pacto que sólo cubra tal interés del prestamista (cláusula suelo, únicamente) seria nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

2° Un pacto que solo cubriere tal interés del prestatario (cláusula techo, únicamente) seria en puridad meramente anulable por el predisponente a su voluntariedad, pues no se contempla análoga tutela que al consumidor, precisamente por la superioridad de aquel frente a éste (art. 1302 Cc).
3° Un paco que cubriere o pretendiere cubrir tanto los intereses del uno como del otro, faltaría a la reciprocidad siempre que no guarde la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja, de la variación de los tipos de interés.

En el presente caso se ponen en evidencia suelos y techos diversos, pero algo parecidos en su alcance, entre el 3,25 y 3,50, hasta el 12 o 15% en el caso de BBVA, (docs 4 a 7), entre el 2,75 y el 10% en caso de LA CAIXA (doc 8), y entre el 3,25 y el 15% en caso de CAJAMAR, (doc 9). Además de las referencias que se hacen con apoyo al texto de la Moción del Grupo Popular en el Senado (doc 12) de suelos de hasta el 4 y el 5%.

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 (pag 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.

Las consideraciones sobre los tipos superiores de interés en el periodo de vigencia del MIBOR, precedente índice de referencia al EURIBOR (señalado como mas habitual), no se reputan parangonables sin más, pues como ya fuera expuesto en sede de vista a la defensa de BBVA y a todos, al sostenerse por aquella, como anécdota o detalle, la contratación de los prestamos hipotecarios hace quince años, con tipos del 12 o 14 % o más, tal nivel de tipos, no impedía de hecho al firmante la concertación del préstamo. Siendo así que en realidad en estos momentos y los más recientes anteriores, desde el EURIBOR, no se escapa al sentido común que un préstamo a tal interés, mateniendo las demas circunstancias ahora vigentes, capital duración etc, seria sencillamente imposible. Y es que no han de desdeñarse que el contexto y las circunstancias todas de los préstamos eran razonablemente diversas, por lo que difícilmente podrían aplicarse aquellos tipos, propios de un estándar de préstamo, de entonces, de duración limitada, a los prestamos medios de ahora con una duración media superior (asi 24 años en 2009 según las estadísticas del Colegio de Registradores que se menciona en el informe KPMG, y hasta superiores y por todos conocida por los medios de 30 y 40 años o más), y por cantidades también diversas. Sin que en todo caso, a contrario, se aporte mayor o distinta justificación. Igualmente seria aberrante que quien firmaba, hace quince años, un préstamo al 14 o 15% en un periodo de 8 o diez años, esperara subidas de hasta el 25% por ejemplo o más, como lo seria, que actualmente para el que firma un préstamo a la mitad de interés, del 5 o 7% y por el doble o triple de tiempo, esperar subidas de hasta el 12 o 15%.

No es tarea de esta sede determinar cual sea el margen de la orquilla razonable en que hayan de situarse por contradicción el límite mínimo y el máximo y en particular este último. Ha de remitirse tal cuestión a los expertos en economía y finanzas. Con la dificultades que cabe suponer para la determinación previa de los parámetros para aquella acotación como señalaba en vista el perito deponente de la defensa codemandada Sr. Bernaud, quien tampoco pudo ofrecer mejor precisión.

Lo anterior no impide a este Juzgador valorar lo que se reputa una obviedad como la mas arriba expuesta en fundamento de la falta de reciprocidad o de semejanza de limites indicada.

Deficiencia que ya apuntaba el Informe del Banco de España en el párrafo antes trascrito, y en la que abunda en sede de conclusiones, aunque no llegue mas allá, finalmente, de consignar las dificultades de la valoración de la proporcionalidad, remitiéndose a la necesidad previa de

concreción de variables diversas (intereses varios de los clientes y del Banco, en esencia).

No obstante las dificultades de tal delimitación general y las particulares de cada caso, ello no desdeña, a juicio de este Juzgador, la evidencia del desfase señalado de las cláusulas suelo en relación a las de techo.

Por todo lo anterior procede la declaración de la nulidad impetrada de las cláusulas suelo en las hipotecas de las entidades demandadas concertadas con consumidores, y en el presente caso en particular, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo contenidas en las propias escrituras. Y si bien también se considera el abuso de tales cláusulas, tanto al alza como a la baja en si mismas consideradas y de modo aislado en los casos en que así se hubieren pactado, al objeto de evitar riesgo de incongruencia e indefensión de partes, no se hace formal declaración sobre esto último, y en coherencia a lo más arriba expuesto, en particular sobre las segundas.

TERCERO.- En materia de costas, conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede su imposición a la demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

14 OCT 2010

F A L L O

Que estimando la demanda formulada por AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. Pérez Sánchez frente a las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. Romero Rodríguez, CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. Gordillo Alcalá, y CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr/a. Muñoz Martínez, debo declarar y declaro lo siguiente:

1º Declaro La NULIDAD, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" de autos, en los prestamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en la fundamentación de esta resolución.

Condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.

2° Condeno a BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

3° Ordeno la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un diario de los de mayor difusión de la provincia, con tamaño de letra del núm. 10 o superior, todo ello a cargo de la demandada y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

4° Inscríbase, asimismo, la presente sentencia estimatoria, junto con el texto de las cláusulas afectadas de autos, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, expidiéndose los mandamientos oportunos, y a cargo asimismo de la parte demandada.

Llévense a efecto la expedición de mandamientos señalados una vez sea firme la presente.

5° Se imponen las costas a las demandadas condenadas.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de 5 días a partir de su notificación que deberá ser preparado y en su caso interpuesto ante este Juzgado.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.