

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
Sección Quinta

Rollo N° 1604.11

Nº. Procedimiento: 348/10

Juzgado de origen: MERCANTIL 2 de Sevilla

S E N T E N C I A

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
D. JUAN MARQUEZ ROMERO
D. CONRADO GALLARDO CORREA
D. FERNANDO SANZ TALAYERO

En Sevilla a 7 de octubre de 2011

VISTOS por la Sección Quinta de esta Iltra Audiencia Provincial los autos de Juicio Verbal nº 348/10, procedentes del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, promovidos por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) representados por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, habiéndose personado en esta segunda instancia como parte interviniente el Ministerio Fiscal, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (B.B.V.A.), representado por la Procuradora D^a. María Dolores Romero Gutierrez; Caja mar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá y contra Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (Caixa Galicia), representada por la Procuradora D^a. Marta Muñoz Martínez, autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 30 de Septiembre de 2.010.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: *“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.

2º 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.

3º 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.

4º Inscribase, 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.

5º Se imponen las costas a las demandadas condenadas”.

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por los citados litigantes, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 30 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito el día 21 de Junio de 2011, solicitando la personación en el presente procedimiento e interesando que se le tuviese por parte interviniente en el mismo al entender afectado el interés social.

Tras las alegaciones efectuadas por las partes a la solicitud de personación del Ministerio Fiscal, la Sala dictó Auto el día 21 de Julio de 2.011, teniendo por personado y parte interviniente en este proceso al Ministerio Fiscal, sin retroacción de las actuaciones.

TERCERO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día 4 de octubre de 2011, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

CUARTO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FERNANDO SANZ TALAYERO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el escrito rector de estas actuaciones la asociación AUSBANC CONSUMO ejerció una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, al amparo de los artículos 12.2 y 16.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), contra las entidades de crédito BBVA S.A., Caja de Ahorros de Galicia y Cajamar Caja Rural S.C.C., con la pretensión de que se declarase la nulidad, por tener el carácter de abusivas, de las condiciones generales de la contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, así como que se condene a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en el futuro, que se publicase el fallo en el BORME o en un periódico de la provincia, y que se ordene la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Tras la celebración de la correspondiente vista en la que las tres entidades demandadas se opusieron a las pretensiones de la actora, el Juzgado de instancia dictó sentencia estimatoria de la pretensión de la actora. Contra ella se alzan las tres entidades demandadas mediante la formulación de sendos y extensos escritos de apelación.

SEGUNDO.- Aun cuando cada demandado ha presentado separadamente su escrito de interposición del recurso de apelación, procederemos a un examen y resolución conjunta de los tres, pues coinciden en la formulación de la excepción de falta de legitimación activa, y las razones y fundamentos jurídicos que oponen frente a la declaración de abusividad de la cláusula de limitación de la variabilidad de intereses son en esencia semejantes.

Es menester comenzar el análisis de las apelaciones por la excepción de falta de legitimación activa.

La Resolución de 5 de octubre de 2005 de la Subdirección General de Normativa y Arbitraje de Consumo acordó excluir a AUSBANC CONSUMO del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. La asociación presentó recurso contencioso administrativo cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 3. El 10 de octubre de 2006 este Juzgado dictó Auto acordando la suspensión cautelar de la Resolución administrativa recurrida. El 6 de mayo de 2009 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia que desestimaba la demanda que formuló AUSBANC. Esta entidad interpuso recurso de apelación, dictando la sección cuarta de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional Sentencia firme el 6 de octubre de 2010 que desestimaba el recurso de apelación y confirmaba la Sentencia del juzgado.

La primera cuestión que nos suscita el actual estado de cosas tras la Sentencia de la Audiencia Nacional es si, no obstante la exclusión de la demandante del Registro Estatal de Asociación de Consumidores, tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

El artículo 11.1 de la LEC dispone que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los intereses generales de los consumidores y usuarios. Y en el apartado tres establece que cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas. La generalidad y escasa concreción de estos preceptos nos obliga a acudir de inmediato a la normativa más específica que regula el régimen básico de las asociaciones de consumidores y usuarios, contenida en los artículos 22 a 39 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LCU), Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre.

Formulada en este caso una acción de cesación de condiciones generales de la contratación, la legitimación de la demandante vendría reconocida por el art. 16.3 LCGC que faculta para su ejercicio a “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.”

Y la actual LCU, aprobada por el Real Decreto legislativo 1/2007, define en el art. 23.1 a las asociaciones de consumidores y usuarios: “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.”

Así pues, para ser “asociación de consumidores y usuarios” es preciso, por un lado, que se haya constituido conforme a lo previsto en la ley de asociaciones teniendo como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, y por otro, que reúna los requisitos específicos que exige la propia LCU. Estableciendo a continuación el artículo 24 LCU, regulador de la legitimación de tales asociaciones, que: “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.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.”

Los requisitos que exige la LCU se desarrollan en los artículos 27 y siguientes, debiendo destacarse a los efectos que nos ocupan los artículos 33, 35 y 37 c) de la LCU. El primero dispone: “Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.

Tras su denominación, estas asociaciones de consumidores y usuarios indicarán su número de inscripción registral.”

El art. 35 LCU dice que “1. La realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los artículos 23.3 y 27 dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente.

2. La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas.”

Y el art. 37 c) dispone que: “Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o

reglamentariamente se determinen, a: c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.”

Por tanto, si para ser considerada asociación de consumidores y usuarios se han de reunir los requisitos específicos exigidos en la LCU, si uno de esos requisitos es el deber de figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, si esa inscripción les da derecho a representar los intereses generales colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (art. 37 c) LCU), y si la carencia de los requisitos exigidos en la LCU les impide representar los intereses generales colectivos o difusos de los consumidores (art. 24.1 LCU), y la exclusión del Registro determina la pérdida de la condición de “asociación de consumidores y usuarios” (art. 35.2 LCU), así como la prohibición de usar los términos consumidor o usuario y la denominación de “asociación de consumidores y usuarios” (art. 25 LCU), la correcta interpretación de estos preceptos permite concluir que una Asociación excluida del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios sólo puede representar los intereses de la asociación y de sus asociados, pero carece de legitimación para ejercitar acciones colectivas en defensa de intereses generales y difusos de los consumidores.

Así pues, AUSBANC CONSUMO carece de legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas para la defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios pues no está inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios al haber sido desestimado su recurso contencioso administrativo contra la Resolución de exclusión dictada el 5 de octubre de 2005, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2010, en tanto en cuanto la inscripción en el Registro es un requisito legal de obligatoria observancia para poder ejercitar acciones en representación de los intereses generales, colectivos o difusos, de consumidores y usuarios. Y es que la inscripción registral confiere a la Asociación inscrita unos derechos que enumera el artículo 37 LCU, que no tiene en caso de falta de inscripción o de exclusión del Registro.

TERCERO.- No obstante lo anteriormente expuesto, en el presente caso hay un problema añadido que resolver. Como antes dijimos, el 10 de octubre

de 2006 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 3 dictó Auto suspendiendo cautelarmente la Resolución administrativa de expulsión de AUSBANC del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Por tanto, de forma provisional, temporal y condicional, a expensas de lo que sucediese definitivamente en el litigio, la entidad demandante ostentaba legitimación para ejercitar acciones colectivas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. La demanda origen de esos autos se presentó con anterioridad a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2010, y también anterior, si bien por pocos días, es la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil en primera instancia.

Es evidente que en el momento actual la demandante carece de legitimación. Pero cuando formuló la demanda sí que ostentaba legitimación para el ejercicio de la acción que dedujo. Pues bien, hemos de resolver si el principio *perpetuatio jurisdictionis* afecta también a la legitimación o, por el contrario, si durante el curso del proceso el actor pierde su legitimación, ello ha suponer la terminación del proceso por carecer el actor de interés legítimo.

La legitimación es un presupuesto del proceso, es decir, una de las condiciones de las que depende la posibilidad de que el juzgador pueda examinar el fondo del asunto que se le ha planteado. Consideramos que la legitimación se ha de tener en el momento inicial de la presentación de la demanda, y se ha de mantener a lo largo de todo el *iter* procedimental hasta su finalización. La legitimación es una consecuencia del interés legítimo que tiene aquel que es titular de la relación jurídica o del objeto litigioso. Así, cuando se deja de tener ese interés legítimo por transmisión del objeto litigioso, el adquirente puede solicitar que se le tenga por parte (art. 17 LEC), por ser quien ostenta la legitimación por mor de la transmisión. Si deja de haber interés legítimo por circunstancias sobrevenidas se producirá la terminación del proceso (arts. 22 y 413 LEC). Y tratándose de personas físicas, su defunción (que origina su pérdida de capacidad y, lógicamente, con ella la pérdida de legitimación pues la muerte extingue la personalidad civil, art. 32 Código Civil, es decir, la facultad para ser titular de derechos y obligaciones) ocasiona la transmisión *mortis causa* de lo que sea objeto del proceso a las personas que sucedan al difunto, pero si sus sucesores no se personan, se tendrá por desistido al demandante y se ordenará el archivo de las actuaciones (art. 16.1 y 3 de la LEC).

Junto a esta legitimación que podríamos denominar tradicional u ordinaria (basada en la titularidad del derecho material), la ley procesal contempla también una legitimación extraordinaria en ocasiones a personas distintas de los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso, como es el caso de la que se confiere a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para la defensa de los intereses colectivos y difusos. Son supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión no es la afirmación de la titularidad de la relación jurídica material, sino una autorización legal concedida por norma expresa. La legitimación de la actora es una legitimación extraordinaria que le otorga la Ley no por ser titular de la relación jurídica o del objeto litigioso, sino en defensa de intereses colectivos, atribuyendo la ley a una persona jurídica la representación institucional del conjunto. Es una legitimación extraordinaria, y sólo existe en tanto ha sido conferida expresamente por la ley. La actora no defiende en este proceso un interés propio, sino los intereses generales y difusos de consumidores y usuarios. Este reconocimiento de legitimación se lo otorga la Ley, por tanto, siempre que reúna los requisitos de constitución de la ley de asociaciones y los requisitos específicos de la normativa de consumidores y usuarios, que le facultan o habilitan para ejercer en juicio la representación de intereses de personas que carecen de una relación asociativa con ella, personas desconocidas, inciertas, o que pudiendo ser conocidas en ningún caso le han facultado para demandar en su nombre. Por ello esta legitimación la confiere la Ley en cada caso, condicionándola al cumplimiento de unos requisitos específicos. Cuando la asociación no cumple esos requisitos deja de tener legitimación, pues el interés legítimo en ese caso le viene atribuido por la Ley, no por ser titular de la relación jurídica deducida o del objeto litigioso, consistiendo ese interés en la facultad de seguir eficazmente un proceso por un derecho o interés ajeno (los intereses generales). Por ello, si la asociación no cumple o deja de cumplir los requisitos que la normativa le exige, la propia Ley le priva de legitimación porque no observa o reúne los requisitos o condiciones que la normativa considera esenciales para conferirle esa facultad de conducir eficazmente un proceso en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Cuando esto sucede en el curso del proceso, el pleito queda sin parte legítima que sostenga la acción. El art. 24.1 LCU dice que las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, el proceso debería terminar por inexistencia de parte actora legítima para el sostenimiento de la acción.

La legitimación que se atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios no supone concesión de derechos subjetivos materiales, sino facultad de realizar el proceso sin pedir para ellas mismas. Perdida esa facultad por incumplimiento por la asociación de los requisitos legales que la legitiman, el proceso no puede seguir adelante, pues es la ley la que determina quienes se encuentran en posición habilitante para pedir la actuación del derecho.

Ahora bien, como la acción deducida es en defensa de unos intereses generales, en este caso formulada al amparo del art. 12.2 de la LCGC, y el art. 16 de dicha Ley dispone que podrán ejercitarla otras seis entidades o instituciones que enumera, si alguna de éstas compareciese en autos a sostener la acción, supliría la falta de legitimación sobrevenida de quien la instó inicialmente.

En este procedimiento, el Ministerio Fiscal se personó en la segunda instancia el 21 de junio de 2011 por entender afectado el interés social. Y como el art. 11.4 de la LEC le legitima para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, específicamente el art. 16.6 de la LCGC le legitima activamente para el ejercicio de la acción de cesación del art. 12 LCGC, el art. 13 de la LEC permite la intervención como demandante mientras se encuentre pendiente un proceso de quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pudiendo defender las pretensiones formuladas aunque el litisconsorte se aparte del procedimiento por cualquier causa, y el art. 54.2 de la LCU permite al Fiscal personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de las entidades que enumera en el número uno del mismo precepto, ejercitando la acción de cesación en materia de cláusulas abusivas, si lo estima oportuno para la defensa de los intereses que representa, la Sala le tuvo por personado y parte interviniente mediante Auto de 21 de julio de 2011. Por ello, al haberse personado en el proceso como interviniente una parte legitimada para el ejercicio de la acción en defensa de intereses generales deducida en el escrito inicial, no siendo la demandante originaria la única con legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses que se ventilan en esta litis, el proceso ha de continuar adelante para entrar a resolver el fondo del debate planteado.

CUARTO. - La pretensión de declaración de nulidad de las cláusulas de limitación de la variabilidad de intereses (conocidas popularmente como cláusula suelo y cláusula techo), en este caso circunscrita a la que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, que utilizan las entidades de crédito demandadas en algunos de sus contratos de préstamo hipotecario, se fundamenta en la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que reputa nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales las definidas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. En concreto se alega que son abusivas conforme al art. 82 de esta última Ley porque son estipulaciones no negociadas individualmente, contrarias a la exigencia de la buena fe, que causan en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, imponiéndoles una renuncia a su derecho a devolver el préstamo a un tipo de interés actualizado y adaptado al momento del pago, acordes con la coyuntura económica y financiera, desequilibrio que se hace patente, según la demanda, cuando se observa la determinación de los tipos máximos de interés (conocidos como cláusula techo), en el diez, doce y quince por ciento respectivamente, los cuales considera tan elevados que en la práctica es difícil que se apliquen.

Frente a estos argumentos los recurrentes oponen la no aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación a los préstamos hipotecarios por estar regulados por un Derecho sectorial como es el Derecho bancario, en concreto en cuanto al tema que nos ocupa por la normativa bancaria de protección a la clientela como es la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito Ley 26/1988 de 29 de julio, y las Ordenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, dictadas ambas en desarrollo del art. 48.2 de esta Ley. También alegan que la cláusula suelo no es una condición general de la contratación porque no son predisuestas ni impuestas, están reguladas por la OM de 5 de mayo de 1994, y porque fijan el precio del contrato. También consideran que no son abusivas en cuanto que no se dan las exigencias del art. 82 LCU, no son contrarias a la buena fe, no producen desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, ni faltan a las exigencias de la reciprocidad, la cual es una reciprocidad obligacional y causal respecto de los deberes de

prestación de cada una de las partes, pero no cabe reciprocidad entre los dos elementos determinantes de una sola prestación que es el precio del contrato del que definen sus límites, sino entre los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes. Por último, se alega falta de prueba de la desproporción de las cláusulas suelo y techo, basándose el Juzgador en su apreciación a “simple vista” de la notoriedad de un desfase entre los extremos, y se aduce también la inadecuada valoración probatoria que efectúa la Sentencia apelada en cuanto a la prueba sobre la negociación de la cláusula suelo consistente en el informe del Banco de España de 27 de abril de 2010 y en el dictamen emitido por KPMG.

QUINTO.- La existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis. Esta Ley integra la normativa aplicable a esta contratación, y ha de observarse y cumplirse por las entidades bancarias en el momento de redactar el contenido obligacional de los contratos, pues ni la específica legislación bancaria ni las normas administrativas de desarrollo que establecen una normativa sobre la información, documentación y protección de los consumidores en la contratación de productos, se inmiscuyen en el contenido obligacional de las concretas cláusulas contractuales, ni podrían hacerlo pues supondría desconocer el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 Código Civil). Aquellas normas pretenden proteger los legítimos intereses de los clientes a través de la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, garantizando la adecuada información y protección del deudor, promoviendo una mayor competencia entre entidades. Pero ello no puede evitar que en un régimen de libre competencia en el que concurren un gran número de entidades de crédito se generen ofertas que en su contenido particularizado contengan cláusulas abusivas, las cuales siempre habrán de ser revisadas a la luz de la normativa de las Condiciones Generales de la contratación.

La existencia de pactos de limitación de intereses variables (las cláusulas suelo y techo) en la contratación de préstamos hipotecarios, está prevista y regulada en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, cláusula 3ª bis, apartado 3. Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto

están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales. Pero resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato (art. 82.3 LCU). También ha de tenerse en cuenta cuando se trata de valorar si estos pactos son abusivos, que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el iter negocial de la contratación, garantizando la transparencia y regulando los trámites necesarios para asegurar que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente con el adecuado conocimiento y con total información, como veremos a continuación.

Hemos de analizar, en primer término, si los pactos de limitación de intereses variables constituyen una condición general de la contratación predispuesta e impuesta por la entidad crediticia, o son elementos esenciales del contrato de préstamo. Pues bien, estas cláusulas constituyen los términos financieros de la operación de préstamo, están incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario, de conformidad con la OM de 5 de mayo de 1994, y una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo. En definitiva, estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. Fijan, por tanto, el marco de fluctuación del precio, en un contrato en el que el prestatario ha optado libre y voluntariamente por un interés variable, y por tanto, sujeto a las oscilaciones y riesgos de un mercado libre. Precisamente esos riesgos son los que se tratan de paliar o cubrir con los pactos de limitación de los intereses variables. Así pues, consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o

adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo.

Así pues, al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés y, en el caso que nos ocupa, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo, su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor que puede contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado, y tras ello decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado. Oferta cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula los términos en que deben redactarse las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés. Orden Ministerial que además regula todo el camino negocial de la contratación, que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo con las condiciones de identificación del préstamo, tipo de interés, plazos de revisión del tipo, gastos, importe de las cuotas, etc... Seguidamente, y una vez tasado el inmueble, la entidad de crédito tiene que hacer una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el Anexo II de la Orden (capital, amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, límites a la variación del tipo de interés, comisiones, tabla de pagos y TAE, gastos, intereses de demora) por un plazo mínimo de diez días. El cliente estudia las condiciones esenciales de la oferta y decide si la acepta o la rechaza. Si la acepta, se redacta la escritura pública, que puede ser examinada por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento. Por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses,

configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que “resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho”. Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo.

Sólo una vez aceptada la oferta vinculante, que incluye el pacto de limitación de la variación del tipo de interés, se incorpora la estipulación limitativa al clausulado del contrato. Es decir, que como consecuencia de la preparación contractual regulada por la normativa contenida en la OM que garantiza la información y la formación libre de la voluntad del prestatario, una vez que acepta la oferta vinculante, los pactos de limitación de intereses pasan a formar parte del contrato. No nos hallamos, en definitiva, ante unas condiciones generales incorporadas al contrato por el predisponente sin información expresa al adherente acerca de su existencia, lo que produciría su nulidad de acuerdo con el art. 8 de la LCGC en relación con el art. 82 de la LCU. Por el contrario, se trata de unos pactos que constituyen condiciones esenciales del contrato, que sólo forman parte del contrato tras la información previa al prestatario, su examen, estudio, contraste con las ofertas de otras entidades de crédito, libre formación de voluntad y libre aceptación del mismo, en un iter negocial preparatorio regulado por la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Las pruebas documentales aportadas a estos autos por las entidades demandadas ponen de manifiesto que las escrituras de préstamos hipotecarios que formalizan, en ocasiones contienen los pactos de limitación del interés y en otras ocasiones no. Lo que pone de relieve la posibilidad de contratar préstamos con las mismas con y sin limitación de los tipos variables, y en definitiva, la posibilidad de una negociación efectiva, no meramente ilusoria o quimérica, partiendo, como es lógico, de la oferta comercial de la entidad de crédito (toda negociación contractual se inicia sobre la base de la oferta que un contratante plantea al otro), que concluya en un contrato sin limitaciones a la variación del interés aplicable.

SEXTO.- Expuesto lo anterior en cuanto a la naturaleza jurídica de las cláusulas que nos ocupan, la no imposición de las mismas, y el equilibrio

negociador que procura la regulación de la Orden Ministerial de 1994 en la fase preparatoria del contrato, hemos de abordar también otro punto común a las tres apelaciones, mediante el que directamente impugnan el único fundamento o razón por el que verdaderamente la Sentencia apelada ha declarado abusivas las cláusulas objeto de este pleito que es la falta de reciprocidad entre el límite mínimo (suelo) y el máximo (techo) de variabilidad del tipo de interés. Frente a ello, los recurrentes consideran que los pactos de limitación de la variabilidad no son abusivos, que la Sentencia recurrida hace una indebida calificación de las cláusulas suelo como abusivas en el fundamento de derecho cuarto, e infringe los artículos 82.1, 82.4 c) y 87 de la LCU.

Dice el artículo 82 LCU 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 el art. 82.4 dispone que *"No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato"*.

Tres requisitos se precisan para que una cláusula sea abusiva: a) Que no se haya negociado; b) que sea contraria a la buena fe; c) que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En cuanto al primero, ya hemos analizado en el anterior fundamento de derecho como el iter negocial que establece la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la regulación del contenido de las ofertas vinculantes y la gran competencia existente en el mercado con multitud de ofertas sin cláusula suelo (el informe del Banco de España aportado a las actuaciones refleja que *"el 71% de la cartera encuestada no tiene restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí que tiene limitaciones, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tiene limitaciones la subida"*), garantizan la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario que excluye la concurrencia del requisito de la imposición o, lo que es igual,

de la falta de negociación. La concertación de préstamos hipotecarios con o sin límites a la variabilidad de interés que ofrecen las entidades demandadas, la gran competencia existente entre entidades de crédito, la transparencia de las condiciones financieras exigida por la normativa vigente, e incluso, la posibilidad de novar la hipoteca mediante la subrogación de otra entidad financiera, conforme a la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, garantizan que la aceptación del pacto de limitación es fruto de la libre y voluntaria decisión del prestatario que las consiente libremente al suscribir el contrato de préstamo, sin imposición alguna.

Los pactos de limitación de la variabilidad tampoco son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el iter negocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, el solicitante ha recibido toda la información, y estos pactos son totalmente legales al estar contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de junio de 1994.

El último requisito es que produzcan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En este caso el desequilibrio versaría sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza.

El préstamo es un contrato real pues requiere que además del consentimiento, la cosa objeto del contrato sea entregada por una persona a la otra. Es obligatorio pues la recepción de una suma de dinero da lugar a la obligación de restituirla y de pagar intereses pactados. Es un contrato unilateral, pues uno de los contratantes es acreedor y el otro deudor; entregado el dinero, sólo el prestatario queda obligado a restituir el capital recibido junto con los intereses pactados. Puede ser oneroso o gratuito, aunque es obvio que el préstamo bancario es siempre retribuido.

Cuando la LCU se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, es decir, a aquella propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de

una de las partes se corresponde otra obligación del otro contratante. El contrato de préstamo es un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista, sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados.

Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato. La introducción de límites a la variabilidad de los tipos que reduzca el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas, no es un pacto que se corresponda con ninguna otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación en el contrato de préstamo, insistimos, es la de entregar al prestatario el dinero. A partir de ahí ninguna otra obligación tiene con éste. El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, junto con el interés referencial y el diferencial, con la finalidad de establecer una retribución mínima del capital entregado y, en su caso, la máxima que habría de satisfacer el prestatario. Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. El equilibrio al que el art. 82.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente. En el caso de los préstamos sólo si el precio convenido es producto de un aprovechamiento de un estado de necesidad del prestatario habría que acudir a las normas que protegen al

prestatario frente a préstamos usurarios, cual es la Ley de 23 de julio de 1908 sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuando se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y aceptado por el prestatario a causa de su angustiosa situación o de su inexperiencia. Norma ésta que en absoluto sería de aplicación al caso que nos ocupa por ser su supuesto fáctico completamente distinto a los fundamentos de pedir deducidos en la demanda en relación con la abusividad de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios.

Así pues, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase. No nos hallamos más que ante una obligación que es la del prestatario de pagar el precio, el cual en una clase de contrato que queda sometido a las contingencias del alza y baja de los tipos durante un periodo muy largo de tiempo, se acota por arriba y por abajo para limitar el riesgo de que esa variabilidad pueda llegar a extremos que hagan inviable el contrato. Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y es que no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites. Como dijimos, la introducción de esos límites es plenamente legal. La OM de 5 de mayo de 1994 regula los mecanismos de transparencia de esas condiciones financieras del contrato, y tras el proceso negocial que regula paso a paso esta norma, el prestatario con pleno conocimiento, información y libertad, decide contratar unas determinadas condiciones de remuneración del préstamo recibido de entre las diversas que el mercado le ofrece. Pudiendo pactar unos intereses variables sin cláusulas de limitación, opta porque su contrato contenga tales límites para que en definitiva, el precio del contrato, el interés que tiene la obligación de abonar por el dinero recibido, quede configurado de una determinada manera, aceptando que en todo caso tendrá que abonar un precio mínimo pero que tampoco se

sobrepasará un precio máximo, sean las que sean las condiciones del mercado.

No siendo esta cláusula un derecho del prestatario que se corresponda con una recíproca obligación del prestamista, no cabe, insistimos, hablar de desequilibrio de prestaciones. Pero si admitiéramos que las cláusulas suelo y techo supusiesen sendas contraprestaciones recíprocas de los contratantes, la determinación de donde está el punto de equilibrio entre el tipo mínimo y el máximo, sería una cuestión ardua compleja para cuya fijación sería enormemente vano o falto de realidad fijarse en el simple dato objetivo del guarismo o cifra numérica. Para empezar hay que tener en cuenta que el art. 82.3 de la LCU dice que 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. Resulta razonable pensar que si se impidiese la utilización de la cláusula de limitación a la baja de los intereses, de inmediato se incrementaría el interés diferencial, que garantizaría siempre el cobro de un mínimo. Y que otro tanto sucedería si se rebajase el techo para acercarlo al límite a la baja. Lo que a lo largo de la extensa vida de este tipo de contratos, sin duda redundaría en perjuicio del prestatario. Por otro lado, en contratos de tan larga duración como lo son los de préstamo hipotecario, y en un mercado financiero tan cambiante, la determinación de la proporcionalidad entre el límite máximo y el mínimo exigiría cuando menos de un riguroso y completo dictamen pericial que ayudase a valorar y a decidir judicialmente tan espinosa e intrincada cuestión. Ese dictamen no se ha efectuado en estas actuaciones. Resulta muy osado declarar la desproporcionalidad cuando ni tan siquiera hemos sido capaces de concretar cual sea el punto de equilibrio, la referencia respecto de la cual podamos apreciar que el fiel de la balanza se escora indebidamente hacia uno de los lados. Baste al respecto un ejemplo. Los contratos de la Caja de Ahorros de Galicia aportados por la demandante fijan un límite máximo del diez por ciento y un mínimo del dos con setenta y cinco por ciento (escritura pública de 26 de julio de 2005, documento nº 8 de la demanda). Si tenemos en cuenta que en julio de 2008 el Euribor estaba al 5'393%, o en octubre de 2008 al 5'248%, y a ese porcentaje le añadimos el diferencial del 1'50%, el interés que pagaba el prestatario en ese momento estaba prácticamente a la misma distancia del techo que del suelo. Es decir, los tipos fluctúan, los préstamos son de larga duración, el comportamiento de

los mercados financieros a largo plazo muy difícil de predecir. Ante ello y no disponiendo en estos autos de una prueba pericial que hiciese un profundo estudio científico de la cuestión, no es posible declarar con cierto fundamento y rigor que haya un desequilibrio importante o falta de equivalencia entre el límite mínimo del tipo y el máximo. Y mucho menos para declararlo con carácter general y absoluto sobre la base de una apreciación puramente coyuntural para todos los contratos que las entidades demandadas hayan concertado introduciendo el pacto de limitación a la variabilidad de los intereses, pues como dice el informe del Banco de España obrante en autos, 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. Y el dictamen de KPGM, por su parte, dice que “la evaluación de la proporcionalidad del precio de dos productos incluidos en una cláusula es compleja, en la medida que éstas tienen finalidades, derechos y costes financieros muy distintos para cada una de las partes involucradas en el préstamo hipotecario, coincidiendo únicamente en cuanto a la duración.” Y continúa el informe diciendo, “entendemos que es complicado considerar como abusivas estas cláusulas, dado que implican una gestión compleja de futuras variaciones de dos pactos muy distintos desde el punto de vista de la finalidad, derechos, y costes para las partes, que en ningún momento puntual del tiempo y máxime en un entorno tan incierto como el actual, nos permite asegurar, que los límites tanto al alza como a la baja se puedan sobrepasar.” (folios 1652 y 1653 de las actuaciones).

SÉPTIMO.- Por todo lo expuesto procede el acogimiento de los tres recursos de apelación formulados por las entidades demandadas, y la revocación de la Sentencia apelada para dictar otra por la que, desestimando las pretensiones de nulidad de las cláusula de los contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores y usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, acordamos no haber lugar a tal declaración, y absolvemos a las demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda.

En cuanto a las costas causadas en la instancia, no hacemos especial imposición dado que el asunto resulta jurídicamente muy controvertido y complejo (art. 394.1 inciso final de la LEC).

OCTAVO.- En cuanto a las costas originadas en esta alzada, no ha lugar a hacer expresa imposición, dada la estimación de los recursos de apelación (art. 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Que **estimando los recursos de apelación** interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la demandada **CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C.**, D.^a Marta Muñoz Martínez en nombre y representación de la entidad **CAJA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA**, y D.^a M.^a Dolores Romero Gutiérrez en nombre y representación de la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil N^o 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal N^o 348/10, de los que dimanar estas actuaciones, **debemos revocar y revocamos** la citada Resolución y, en consecuencia, con **desestimación de la demanda** formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO)**, y a la que se ha adherido el **MINISTERIO FISCAL** mediante su personación en esta alzada, *declaramos que no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.*

Y, en su día, devuélvase las actuaciones originales con

certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON

FERNANDO SANZ TALAYERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.

DILIGENCIA.- En el mismo día se contrajo certificación de la anterior Sentencia y publicación en su rollo; doy fe.-