

**Juzgado de lo Mercantil N°.. 1 de Málaga, Sentencia de 20 Dic. 2011, proc.
303/2011**

Ponente: Galiano Nieves, María José.

Nº de Sentencia: 499/2011

Nº de Recurso: 303/2011

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 290533/2011

CONSUMIDORES Y USUARIOS. BANCA. Nulidad por abusiva de «cláusula suelo» incluida en contrato de préstamo hipotecario a interés variable. Aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (la regulación administrativa de los contratos de préstamo hipotecario no excluye la aplicación de las normas sobre protección de consumidores y usuarios). Calificación de tal cláusula como condición general de la contratación (es una condición predispuesta e impuesta por la entidad bancaria). Cumplimiento por la misma de los requisitos legalmente exigidos para reputarla como abusiva. No ha sido negociada individualmente, su inclusión en el contrato ha sido contraria a la buena fe (el banco la ha insertado en su exclusivo beneficio, a sabiendas de que no existe un beneficio correlativo para el consumidor, y sólo informó de ella a los actores 1 día antes de la firma de la escritura), y ocasiona en perjuicio del consumidor un desequilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes (el límite mínimo pactado, el 2,90%, se ha activado en varias ocasiones a lo largo de la vida del préstamo, mientras que el límite máximo, el 15%, no lo ha hecho nunca y es improbable que se alcance). Eliminación de la cláusula del contrato y devolución a los demandantes de la cantidad cobrada en su virtud por el banco más los intereses legales.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga estima la demanda planteada contra un banco y declara nula por abusiva la «cláusula suelo» inserta en el contrato de préstamo

hipotecario a interés variable suscrito por los actores, condenando al demandado a eliminar la cláusula del contrato y a reintegrar a aquéllos la suma pagada en exceso en aplicación de la cláusula más los intereses legales.

Texto

En Málaga, a 20 de diciembre de 2011.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº2

MALAGA

JUICIO ORDINARIO 303/2011

SENTENCIA 499/11

Vistos por mí, M^a José Galiano Nieves, Magistrada-Juez sustituta de refuerzo del Juzgado de lo mercantil número Dos de los de esta Ciudad y su partido judicial, los autos de juicio ordinario 303/11 sobre nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad que se han seguido ante este Juzgado, a instancia de D. Mauricio y Dña. Nicolasa , representados por el Procurador D. Enrique Carrión Marcos, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), y atendidos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 6 de mayo de 2011 se registró en este Juzgado escrito de demanda presentado por el Procurador D. Enrique Carrión Marcos, en nombre y representación de D. Mauricio y Dña. Nicolasa , interesando la declaración de nulidad de la condición general de la contratación que establecía un límite mínimo a la variación del tipo de interés estipulado por las partes en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita con la entidad demandada, por considerarla abusiva, y en consecuencia, interesaba la condena de la demandada al pago de la cantidad de 1.639 euros y las que posterioridad a la demanda se hayan abonado en exceso como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula. Todo ello con expresa condena en costas al demandado.

En apoyo de tales alegaciones la demandante acompañaba a su escrito los documentos que consideraba oportunos para probarlas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la anterior demanda mediante decreto de 11 de mayo de 2011, de la misma se dio traslado a la entidad demandada y se le emplazó para que contestase en el plazo legal de veinte días.

Mediante escrito presentado por el Procurador D. Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de BBVA, el 23 de junio del presente, se contestó en tiempo y forma la demanda, oponiéndose a la misma e interesando su íntegra desestimación con expresa imposición de las costas.

TERCERO.- Por Providencia de 5 de julio se tuvo por contestada la demanda, dándose traslado de la contestación a la parte actora y citándose a ambas partes al acto de celebración de la audiencia previa el 17 de noviembre de 2011, a las 11 horas de su mañana.

La audiencia previa se celebró en el día señalado en la Sala de Vistas de este Juzgado con el resultado que quedó reflejado en el disco compacto que se grabó bajo la fe pública de la Sra. Secretaria judicial, quien también autorizó el levantamiento de un acta recogiendo las incidencias de dicho acto.

Compareciendo ambas partes y dado que únicamente se propuso prueba documental, que fue admitida, a solicitud de ambas partes, quedaron los autos vistos para sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) .

CUARTO.- En el presente procedimiento se han respetado las prescripciones legales, salvo en lo que se refiere al cumplimiento de algunos plazos, debido a la carga de trabajo que soporta este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora una acción de nulidad de la condición general de la contratación incluida en el contrato de préstamo hipotecario, consistente en la limitación de la variación del tipo de interés, puesto que aunque el tipo de interés del contrato se fija con referencia al Euribor más un diferencial, se limita la bajada del tipo de interés, de manera que cuando el índice de referencia, euribor, baje por debajo de 2,25 puntos, éste será el índice a aplicar, incrementado en el diferencial acordado por las partes, el 0,65.

Fundamenta sus pretensiones alegando que se trata de una condición general de la contratación que debe ser declarada nula por abusiva dado que se trata de una cláusula predispuesta por el

banco demandado, impuesta y no negociada con los actores, contraria a los usos de la buena fe y que ocasiona un desequilibrio entre las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor, los actores, puesto que el límite mínimo del tipo de interés aplicable se fija en un 2,25 más el diferencial pactado, que asciende a 0,65 puntos, mientras que el límite máximo asciende al 15%. El desequilibrio alegado se basa en que la cláusula de suelo se ha activado en diversas ocasiones, dada la bajada del euribor, desde la formalización del contrato, mientras que la cláusula de techo no se ha activado, ni lo hará, dado que el límite establecido no se ha alcanzado nunca, y resulta improbable que se alcance en un futuro.

Así, atendiendo a la evolución del euribor desde su creación hasta la fecha resulta que el máximo alcanzado ha sido del 5,5%, por lo que el tramo existente entre ese máximo y el fijado en el contrato de préstamo, es considerablemente mayor que el tramo existente entre dicho máximo alcanzado y el mínimo del tipo de interés establecido en el contrato de préstamo.

Como consecuencia del desequilibrio que el demandado produce al incluir esta cláusula en el contrato de préstamo, se evidencia que su actuación es contraria a la buena fe, puesto que el desequilibrio causado en perjuicio del consumidor no queda justificado.

Por otra parte, alega que sin duda se trata de una condición general de la contratación que no afecta a un elemento esencial del contrato de préstamo, dado que el mismo se configura en el art. 1.740 del Código civil (LA LEY 1/1889) , como un contrato esencialmente gratuito y en consecuencia, el interés que acuerden las partes no es un elemento esencial del contrato de préstamo. Asimismo, las cláusula que limitan el tipo de interés no forman parte del precio dada la eventualidad de su aplicación.

Como consecuencia de la nulidad interesada, los actores solicitan que BBVA sea condenado a devolver las cantidades que han sido abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula de suelo, hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a 1.639 euros, y las que con posterioridad se hayan abonado en aplicación de dicha cláusula, incrementada en el interés legal y la condena al abono del interés legal más dos puntos, conforme al art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LA LEY 58/2000) .

SEGUNDO.- Por la parte demandada se contesta a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su desestimación, alegando que:

1º. La Ley de condiciones generales de la contratación no resulta aplicable a las cláusulas que limitan el tipo de interés, puesto que se trata de cláusulas ya reguladas por normas administrativas, en concreto por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que hace referencia a la forma en la que se deben configurar este tipo de pactos en los contratos de préstamos hipotecarios.

2º. Este tipo de cláusulas no constituyen una condición general de la contratación que pueda ser considerada abusiva en tanto en cuanto afectan a la determinación de un elemento esencial del contrato de préstamo, el precio.

3º. Se trata de una cláusula que fue negociada individualmente con los actores a través de diversas reuniones mantenidas con los gestores de la oficina de Vélez-Málaga en la que se concertó el contrato de préstamo, siendo prueba de ello que a dicha cláusula se hace referencia en la oferta vinculante que entregaron a los actores antes de la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario, que se negoció una bajada del diferencial, el cual inicialmente se fijaba en 0,90 puntos y que se redujo en 0,25 puntos y que los actores conocían la cláusula y la consintieron al firmar la escritura pública en la que se recogió el contrato de préstamo hipotecario.

4º. La inclusión de este tipo de cláusulas es una práctica legal y admitida en el negocio bancario, que además favorecen al consumidor, puesto que su inclusión asegura por una parte la obtención por parte del banco del coste mínimo del préstamo concedido y garantiza que el consumidor no deba abonar nunca más del interés establecido como techo, lo que garantiza el acceso al crédito por parte del consumidor medio, y permite ampliar la duración del contrato de préstamo.

5º. La actuación llevada a cabo por la entidad bancaria no es contraria a la buena fe dado que se han cumplido con todos los requisitos de transparencia e información legalmente exigidos.

6º. No hay desequilibrio entre las cláusulas de suelo y techo establecidas en el contrato de préstamo, puesto que las mismas no son recíprocas a responder a finalidades distintas. Y aun en ese caso, dicho desequilibrio no existe puesto que atendiendo a la duración del contrato de préstamo establecido, 30 años, y a que el índice de referencia utilizado antes de la moneda única, el mibor, sí que se elevó por encima del techo fijado y dicha situación puede volver a repetirse, considerándose un escenario incluso más probable que el de la aplicación de la cláusula de suelo.

7º. Se opone a la aplicación del interés legal incrementado en dos puntos, establecido por el art. 576 de la LEC (LA LEY 58/2000) .

TERCERO.- *El objeto de debate queda fijado por las partes en determinar si resulta de aplicación la ley de condiciones generales de la contratación a la cláusula cuya nulidad se pide, si se trata de una verdadera condición general de la contratación al afectar a un elemento esencial del contrato, y si efectivamente afecta al precio del contrato y por último a si se cumplen los requisitos legalmente exigidos para que sea considerada como cláusula abusiva y por tanto, sea nula.*

No procede pronunciamiento alguno en relación a la falta de legitimación activa de la entidad Ausbanc apuntada por la parte demandada, dado que la misma no es parte en el presente procedimiento, sino que los actores son dos personas físicas, sin que influya el hecho de que los letrados que dirigen la defensa técnica de los actores sean también letrados de dicha entidad.

Por la parte actora se ejercita la acción de nulidad de una condición general de la contratación incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demanda, mediante escritura pública otorgada ante Notario el 13 de enero de 2006, al amparo de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley de condiciones generales de la contratación.

En el caso que nos ocupa, en concreto, los actores interesan la nulidad de la cláusula que establece un límite mínimo al índice de referencia pactado por las partes (cláusula suelo). Así la estipulación 3 bis. 3 dispone: "Límites a la variación del tipo de interés . En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,250%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente,. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% nominal anual. "

Dicha acción se fundamenta en el carácter abusivo de la cláusula, remitiéndose, para ello a la regulación de la Ley de Consumidores y Usuarios.

CUARTO.- *Procede en primer lugar, determinar si la Ley de condiciones generales de la contratación resulta de aplicación al presente supuesto.*

Dispone el art. 4 párrafo 2 de dicho texto legal que no será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.

Considera la parte demandada que dado que los contratos de préstamos hipotecarios pertenecen a la esfera del Derecho bancario y que se hayan ya regulados por otras normas tanto de carácter

legal como administrativo, quedan excluidos del ámbito de la ley de condiciones generales de la contratación y en consecuencia, procede la desestimación de la demanda.

Efectivamente, *este tipo de contratos se halla regulado por normas del ámbito del derecho bancario, al que alude el BBVA, en concreto, se regula en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, de carácter administrativo, que es de obligatoria aplicación para las entidades financieras y de crédito en los contratos de préstamo hipotecario cuando la hipoteca recaiga sobre vivienda, se concierte con persona física y su cuantía no supere 150.000 euros. Dicha regulación está claramente dirigida a garantizar la protección del prestatario, en tanto en cuanto, regula los actos preparatorios de este tipo de contratos, y el contenido mínimo de los mismos, fijando en su anexos I y II, la estructura e información de la oferta vinculante que deben facilitar al prestatario con anterioridad a la firma del documento contractual y del documento contractual propiamente dicho. En definitiva, se trata de una norma que se dirige a garantizar que el prestatario obtenga una información clara y transparente en relación al contenido de estos contratos, entre la que se incluye los pactos que limiten la variación del tipo de interés pactado. Sin embargo la misma no excluye la aplicación de las normas de protección de consumidores y usuarios, pues en su artículo 2 dispone que lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación.*

Eso lleva a concluir que la Ley de condiciones generales de la contratación resulta plenamente aplicable al supuesto presente, en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 2 marzo de 2011 (LA LEY 5495/2011): " No se discute en el motivo el carácter de auténticas condiciones generales de la contratación de la mayoría de las estipulaciones que aparecen en el contrato. Lo que se discute es si las prescripciones la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación son de aplicación a la escritura de préstamo hipotecario suscrita por el banco y la parte actora, cuyas cláusulas, según la recurrente, están sometidas a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, conforme al artículo 4.2 de la Ley 7/98 , que ha sido cumplida por el Banco Se desestima. El artículo 4.2 LCGC deja fuera de su normativa las condiciones generales que reflejen las disposiciones que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Sin

duda la finalidad de esta norma es respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras.

Es el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas. La finalidad no es otra que la de garantizar la información y protección de quienes concertan préstamos hipotecarios, facilitando la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario así como la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, que sea comprensible por el prestatario.

Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 , según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Y la misma línea sigue la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre (LA LEY 193699/2011) del presente al tratar un supuesto idéntico.

QUINTO.- Por otra parte, con respecto a lo alegado por la demandada en relación a que la cláusula cuya nulidad se insta no puede ser considerada como general de la contratación por afectar a un elemento esencial del contrato de préstamo dado que la misma determina un elemento esencial del mismo, el precio, se hace al amparo de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) , el cual dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Dicho precepto no ha sido traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico, por tanto no existe norma alguna que excluya el control jurisdiccional sobre condiciones generales de la contratación aunque éstas afecten al objeto principal del contrato y hayan sido redactadas de manera clara y comprensible. En consecuencia, la cuestión se centra en determinar si es posible este control

jurisdiccional o no. La misma ha sido resuelta por sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de junio de 2010: " 40. *De todo lo anterior se deriva que no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.*

41. Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 , *al ordenamiento interno.*

42. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

43. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta.

44. A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible."

Por lo tanto, dado que el control de los tribunales sobre el carácter abusivo de cláusulas se extiende también, a aquellas que afecten al objeto principal del contrato, al suponer una mayor

protección de los derechos de los consumidores y usuarios, procede aplicar la normativa de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. Así lo ha recogido nuestro Tribunal Supremo.

En consecuencia, no se hace necesario entrar a dilucidar si la cláusula cuya nulidad se solicita afecta o no a un elemento esencial del contrato, como el precio, puesto que aun el caso de que así fuera, igualmente procedería someter su carácter de abusiva al control jurisdiccional.

SEXTO.- Establece el art. 1 de la LCGC, al definir el ámbito objetivo de aplicación, que: "1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

En el presente supuesto *no cabe lugar a dudas que la cláusula de suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes es una condición general de la contratación, puesto que en primer lugar, es una condición predispuesta, y así se extrae de la propia contestación de BBVA, que reconoce que se trata de una cláusula habitual, y que casi un 30 por ciento de las escrituras de préstamo hipotecario que suscriben no la incluyen, por tanto, dado que para entender que una condición es predispuesta se requiere que la misma se incluya en una generalidad de contratos, que no en todos, es suficiente con que se trate de una práctica habitual, como en el presente caso se reconoce por la parte demandada.*

A mayor abundamiento el informe del Banco de España emitido a solicitud de la Dirección General del Tesoro y Política financiera en relación con la moción 66/73 aprobada por el Pleno del Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de mayo de 2010, aportado como documento 7 de la contestación, establece que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones.

En segundo lugar, la cláusula de suelo es una condición impuesta, en este caso por la entidad demandada, entendiéndose por tal aquella sobre la que no existe negociación alguna, de manera que incluida en el contrato de que se trate el consumidor tiene la opción de adherirse o no al mismo, no

pudiendo entenderse que ha existido negociación individual sobre una cláusula en base a que el consumidor, en este caso el prestatario, pudo optar por otras ofertas existentes en el mercado hipotecario, pues se entiende que una cláusula no es impuesta en los casos en los que el consumidor ha tenido opción de contratar con el empresario sin tener que asumir forzosamente la condición, caso contrario hay que concluir que se trata de una cláusula impuesta. Lo contrario equivaldría a dejar sin aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pues el consumidor siempre tiene la posibilidad de optar por no contratar con el empresario que incluya este tipo de condiciones, lo que no significa que si opta por contratar estas condiciones sean fruto de una negociación individualizada que expresa la libre autonomía de la voluntad de las partes, reconocida en el art. 1.255 del Código Civil (LA LEY 1/1889) . En este sentido se pronuncia el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1, Cáceres, en su sentencia de 18 de octubre de 2011 y el Juzgado de lo Mercantil nº 9, Madrid, en su sentencia de 8 de septiembre de 2011 (LA LEY 165403/2011) .

Atendiendo al caso concreto, de la prueba practicada no se deduce que haya existido una negociación individualizada con respecto a la misma, en primer lugar porque la aplicación de la orden ministerial de 5 de mayo de 1994, no supone la negociación individualizada de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés aplicable, sino más bien al contrario, de su regulación parece deducirse la necesidad de imponer una serie de mínimos que garanticen la información y protección del prestatario partiendo de la base de que los contratos de préstamo hipotecario son redactados e impuestos en su mayor parte por la entidad financiera. Tampoco acredita la negociación individualizada de esta cláusula el hecho de que los actores negociaran la reducción del diferencial, puesto que por una parte, no se prueba que dicha disminución sea consecuencia de la aceptación e inclusión de la cláusula de suelo, sino que del tenor de la propia escritura de 13 de enero de 2006, se deduce que la disminución del diferencial a agregar al Euribor al objeto de determinar el tipo de interés aplicable, se vincula a la contratación de determinados productos bancarios y en tanto en cuanto éstos se mantengan.

Por último, el informe del Banco de España establece que " se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los

elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente, los directores de la sucursal no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. "

Asimismo, sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 , que establecen que el carácter de condiciones generales de la contratación de estipulaciones contenidas en contratos de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras.

SÉPTIMO.- *El art. 8 de la LCGC, en base al cual se ejercita la presente acción de nulidad, el cual dispone que serán nulas las condiciones generales de la contratación que tengan carácter abusivo conforme a lo dispuesto en el art. 10 bis y en la disposición adicional primera de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, resultando la misma plenamente aplicable, toda vez que estaba vigente a la fecha de formalización del contrato el 13 de enero de 2006.*

Así el art. 10 bis establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

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.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1 CC (LA LEY 1/1889) . A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

Son tres los requisitos que legalmente se exigen para considerar una cláusula como abusiva, a saber: que la cláusula no haya sido negociada individualmente; que la actuación del profesional sea contraria a la buena fe; y que la cláusula ocasione un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato, en perjuicio del consumidor.

Con respecto al primero de los requisitos, la falta de negociación de la cláusula de limitación mínima de la variación del tipo de interés, ya ha sido analizada, en el ordinal anterior, considerándose cumplido este requisito, máxime teniendo en cuenta que existe la posibilidad de existan cláusulas o parte de la cláusula haya sido negociada individualmente, sin que ello sea óbice para considerar abusivo el resto del contrato, y que corresponde al empresario, en este caso, al BBVA, la carga de probar que la cláusula ha sido negociada individualmente.

La parte demandada no ha llevado a cabo actividad probatoria suficiente que acredite que la cláusula de suelo haya sido negociada individualmente en el presente caso, pues aunque la misma se incluye en la oferta vinculante entregada a los actores el 12 de enero de 2006 (documento 4 de la contestación), un día antes de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, esto no es más que el cumplimiento de lo exigido por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

Asimismo, que este tipo de cláusulas se consideren válidas y legales y que en el presente caso se haya informado a los actores debidamente, no significa que la misma haya sido negociada individualmente, puesto que en realidad no se ha llevado a cabo actividad probatoria alguna que acredite que se llevó a cabo la referida negociación con los actores, y ello a pesar de las testificales de los gestores de la sucursal de Vélez-Málaga que se anunciaban en el escrito de contestación a la demanda y que finalmente no fueron propuestas, que quizá hubiesen arrojado algo de luz, sobre cómo se negoció el contrato de préstamo que suscribieron los actores.

Sin embargo, sí que resulta indiciario de la falta de negociación individual de la cláusula de suelo que en la propuesta inicial que el BBVA hace a los actores, documento 3 de la contestación, de fecha 15 de diciembre de 2005, no se hace ni la más mínima referencia a esta cláusula, de lo que se desprende que los actores no tuvieron conocimiento de este cláusula hasta la oferta vinculante del BBVA, un día antes de la firma de la escritura, por lo que difícilmente se puede entender que negociaron la cláusula con BBVA con anterioridad, y mucho menos considerar que la cláusula no

fue impuesta porque tuvieron la posibilidad de contratar con otras entidades financieras que no incluyeran este tipo de limitación a la variación del tipo de interés.

Resta por analizar los dos últimos requisitos que deben ser considerados de forma conjunta, esto es que la actuación del empresario, en este caso el BBVA, fue contraria a la buena fe, y que entre los derechos y obligaciones de las partes existe un desequilibrio en perjuicio del consumidor, los actores.

Pues bien, entendiendo que la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés mediante el establecimiento de un mínimo supone que el prestatario deberá abonar una cantidad fija para el caso de que el índice de referencia descienda por debajo de un determinado umbral, lo que equivale a que en dichos supuestos, el prestatario deberá abonar por la misma prestación más de lo inicialmente acordado por las partes, y todo con el objeto de que la entidad financiera tenga cubiertos los costes mínimos del préstamo hipotecario. Esto significa que la entidad financiera mediante este tipo de cláusulas traslada al prestatario el riesgo de que la operación de préstamo no sea rentable para ella en determinados momentos de la vida del préstamo hipotecario.

Esto aplicado al presente supone, significa que BBVA considera que en el caso de que el Euribor, índice de referencia, se sitúe por debajo del 2,250%, no estarían cubiertos los costes mínimos de la operación, y a fin de evitar que tal eventualidad se dé, dispone que el índice de referencia aplicable no podrá ser en ningún caso menor de 2,250%, a lo que habrá de sumarse el diferencial pactado, 0,65 puntos, para determinar el tipo de interés mínimo aplicable durante un periodo concreto. Por tanto, en los momentos en los que el Euribor ha estado por debajo del 2,250%, los actores han pagado más por la misma prestación con la única justificación de evitar un perjuicio para BBVA, consistente en que la entidad no cubra los costes mínimos del préstamo hipotecario en esos momentos. De lo que cabe concluir que esta cláusula se establece en perjuicio de los actores y en beneficio de la demandada.

Por otra parte, las limitaciones de las variaciones del tipo de interés mediante la fijación de un máximo, cláusula de techo, responden al interés del consumidor, pues en los supuestos en los que el tipo de interés supere un determinado límite, se aplicará el tipo de interés máximo que se haya fijado evitando que el prestatario deba pagar más por la misma prestación.

Lo que aplicado a este caso supone que en el caso de que el tipo de interés aplicable en un determinado periodo supere el 15%, éste será el máximo aplicable en dicho periodo.

En consecuencia, no cabe más que concluir que dichas cláusulas de suelo y de techo deben ser consideradas recíprocas en relación a los derechos y obligaciones de las partes del contrato, dado que ambas limitan los derechos de las mismas, así la cláusula de suelo limita el derecho del consumidor a que la cuota a abonar descienda por debajo de determinado límite, y por ende se le obliga a pagar más por la misma prestación, en beneficio de la entidad financiera; y la cláusula de techo supone una renuncia de la entidad financiera a su derecho de obtener más beneficios en determinados supuestos, a fin de no perjudicar al consumidor.

En este sentido establece el informe del Banco de España que " *En las entrevistas con las entidades, puso de manifiesto que la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipo de interés (incluso en muchos de los casos que también incorporan un techo para dicha variación) es mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.* "

No es ya solo que la limitación mínima de la variación del tipo de interés supone una limitación de derechos del consumidor en su perjuicio, sino que en el presente supuesto dicha limitación es claro que tiene su correlativo en la limitación máxima de la variación del tipo de interés, por lo que *cabe entrar a analizar si existe equilibrio entre ambas cláusulas en el sentido que afectan a las obligaciones y derechos que se derivan del contrato de préstamo hipotecario que las partes suscribieron* el 13 de enero de 2006.

En este caso, *atendiendo a que el límite mínimo del tipo de interés se fija en 2,250% + 0,65, esto es, 2,90% y que el límite máximo se establece en un 15%, resulta evidente que esto produce un desequilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, pues por una parte mientras que la cláusula de suelo se ha activado en varias ocasiones durante la vida del préstamo, no así la cláusula de techo, quedando la misma muy lejos del máximo alcanzado por el índice de referencia, el Euribor, el 5,5%, y siendo improbable que dicho máximo se alcance.* No siendo comparable la actual situación económica, con la existente anteriormente, puesto que desde la entrada de la moneda única es el Banco Central Europeo, quien fija los tipos de interés, atendiendo a criterios distintos de la situación económica nacional como sucedía en los momentos en los que los tipos de interés alcanzaron cotas más elevadas.

Por otra parte, el propio BBVA se ha debido de representar como más que improbable estas subidas del Euribor, puesto que de ser así, y antes de que se alcanzase el máximo fijado, es

evidente que la cuota alcanzaría tales niveles que los actores difícilmente podrían hacer frente a la misma, de manera que en el caso de que el tipo de interés subiese hasta alcanzar el 15%, de poco serviría la protección del máximo a los actores si no pueden abonar la cuota resultante. Y en el caso de que pudiesen atender los pagos de cuotas tan elevadas, la cláusula de techo, en cierto modo también protege a la entidad financiera, pues al evitar la subida de la cuota sin límite, se asegura que la misma no alcanzará una cantidad que no pueda ser atendida por los prestatarios.

Por último, el propio Banco de España en su informe dice que " *En todo caso y sean cuáles sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos.[...]En consecuencia, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la cartera, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés. De hecho, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de ese riesgo.* "

De lo expuesto resulta que *existe un claro desequilibrio entre las prestaciones de las partes derivadas del contrato como consecuencia de la inclusión de la cláusula de suelo, y es precisamente, la inclusión de esta cláusula por parte de la entidad demandada la que determina que, pese a haber cumplido con los deberes de información y transparencia, legalmente impuestos, su actuación sea contraria a la buena fe contractual, pues dicha cláusula se incluye tan solo en su propio beneficio sin que exista un beneficio correlativo para el consumidor en compensación, a sabiendas del desequilibrio entre las prestaciones en perjuicio del consumidor que su aplicación ocasiona.*

Además, y a pesar de que se cumplen los requisitos exigidos por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, pues la oferta vinculante entregada a los actores contiene la información relativa a las limitaciones de la variación del tipo de interés, ésta se entregó a los actores un día antes de la firma de la escritura y no se facilitó dicha información con anterioridad a dicho momento, lo que evidencia que la actuación de la entidad demandada no fue acorde con los dictados de la buena fe.

Dado que la cláusula de suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 13 de enero de 2006, tiene el carácter de condición general de la contratación, que la misma ha sido impuesta a los actos al no haber negociación individualizada sobre la misma, que ocasiona un desequilibrio en perjuicio de los actores de las prestaciones de las partes derivadas del

contrato y que su inclusión es fruto de una actuación contraria a la buena fe, estimándose la demanda, se declara abusiva dicha cláusula y en consecuencia, nula, debiendo ser eliminada del contrato de préstamo hipotecario.

OCTAVO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 12.2 de la LCGC que dispone que a la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones, los actores reclaman la devolución de la cantidad de 1.639 euros, que han abonado de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula de suelo, con los intereses legales desde la fecha en que se cobraron, y de las cantidades que en aplicación de dicha cláusula se hayan pagado de más desde la demanda hasta la resolución del presente procedimiento, incrementadas en el interés legal.

Dada la estimación del pedimento principal de la demanda, al declararse abusiva la cláusula de límite mínimo de la variación del tipo de interés, procede la estimación de la petición accesoria, por lo que se condena a la entidad demandada, BBVA, a abonar a los actores la cantidad de 1.639 euros, incrementada en el interés legal devengado desde que los excesos de cuota fueron cobrados hasta la presente resolución.

Igualmente, BBVA deberá abonar a los actores las cantidades que se hayan cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada abusiva, desde la interposición de la demanda hasta la presente resolución, con los intereses que se hayan devengado desde sus respectivos cobros hasta la fecha de la presente. Bien entendido que dichas cantidades se determinan por la diferencia entre lo abonado en aplicación de la cláusula de suelo y lo que se debió abonar de aplicarse la misma.

NOVENO.- Se interesa, asimismo, por los actores que se condene a la demandada al pago del interés legal incrementado en dos puntos conforme al art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) .

Dispone dicho precepto que desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

En el presente supuesto no existe sentencia o resolución que condene a la demandada, toda vez que estamos en la primera instancia, por lo que no cabe aplicar el referido precepto, máxime cuando la parte actora no especifica desde cuándo debe aplicarse dicho interés.

Por tanto, dicho pedimento debe ser desestimado, salvo que la parte actora se esté refiriendo a que se condene a la parte demandada a abonar dicho interés desde la presente resolución hasta que su efectivo abono, en cuyo caso, y dado el tenor de dicho precepto no se hace necesaria la condena expresa que se solicita por los actores.

DÉCIMO.- Con respecto a las costas, las mismas se impone a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC (LA LEY 58/2000) , dada la estimación de la demanda.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Enrique Carrión Marcos, en nombre y representación de D. Mauricio y Dña. Nicolasa contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., declaro nula por abusiva la cláusula que establece un límite mínimo a la variación del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario de 13 de enero de 2006 (estipulación 3 bis.3), condenando a la demandada a eliminar dicha cláusula del referido contrato y a la reintegración de la cantidad de 1.639 euros pagada en exceso en aplicación de la referida cláusula, así como a las cantidades que con posterioridad a la demanda se hayan abonado en aplicación de la cláusula nula, todas ellas incrementadas en el interés legal desde que efectivamente se cobraron indebidamente hasta la presente resolución. Todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta Sentencia cabe **recurso de apelación** que, en su caso, deberá de interponerse en un plazo de VEINTE DÍAS contados desde la notificación de la presente resolución, mediante un escrito que deberá reunir los requisitos previstos en el art. 458 de la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , debiendo ser resuelto, en su caso, por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se libraré testimonio para incorporarlo a las actuaciones, llevándose el original al Libro de Sentencias, la pronuncio, mando y firmo juzgando definitivamente en primera instancia.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en el día de su fecha por la. Sra. Magistrada que la suscribe.- Doy fe.