

Juzgado de lo Mercantil Nº.. 1 de Cádiz, Sentencia de 21 Dic. 2011, proc. 480/2011**Ponente: Sebastián Benito, María del Pilar.****Nº de Recurso: 480/2011****Jurisdicción: CIVIL****LA LEY 299476/2011**

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. Nulidad de la cláusula relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable (cláusula suelo). Consideración de la citada cláusula como condición general de la contratación ya que no se ha acreditado que fuese el resultado de una negociación sino que su contenido, aun aceptado libremente por el demandante, fue determinado por la entidad bancaria demandada, que lo incorporaba, en general, a cuantos contratos de préstamo suscribía. Carácter abusivo de la cláusula al causar un desequilibrio importante entre las posiciones de ambas partes, derivadas del contrato, en perjuicio del consumidor. En el contrato se fijaba un límite mínimo al tipo de interés, de manera que, descendiese lo que descendiese el valor del EURIBOR, la entidad bancaria siempre percibía un interés mínimo. En cambio, el contrato no contenía ninguna cláusula en virtud de la cual se estableciese un límite máximo al tipo de interés, de manera que quedase protegido, de igual forma, el consumidor, frente a los aumentos del valor del EURIBOR, garantizándole que el precio que debía pagar por el préstamo no ascendiese por encima de una determinada cota. Condena a la demandada a eliminar la cláusula del contrato pero no a la restitución del importe percibido de más, a partir del momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo, ya que la demanda no concreta la cantidad a cuyo pago se solicita que se condene a la demandada, y tampoco las bases con arreglo a las cuales haya de hacerse dicha concreción.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la cláusula que establece, como límite mínimo del tipo de interés variable

pactado, el 3,5% (cláusula suelo), contenida en el contrato de préstamo suscrito por las partes.

Texto

En Cádiz, a 21 de diciembre de 2011

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CADIZ

Audiencia Provincial, C/ Cuestas de las Calesas s/n

Tlf.: 956-011688-89/956,011700. Fax: 956,011701

NIG: 1101242M20110000378

Procedimiento: Juicio Ordinario 480/2011. Negociado: M

Sobre ACCION NULIDAD DE CONDICION GENERAL DE CONTRATACION Y RECLAMACION DE CANTIDAD

De: D/ña. Luis Pablo

Procurador/a Sr./a.: FERNANDO A. LEPIANI VELAZQUEZ

Letrado/a Sr./a.: FERNANDO ZORITA ARENAS

Contra D/ña.: UNICAJA

Procurador/a Sr./a.: GERMAN GONZALEZ BEZUNARTEA

Letrado/a Sr./a.:

SENTENCIA

Han sido vistos por mí, D^a M^a del Pilar Sebastián Benito, Juez de refuerzo del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Cádiz, los autos de juicio ordinario nº 480/2011, en los que son partes, como demandante, D. Luis Pablo, representado por el/la Procurador/a Sr/a. Lepiani Velázquez, y asistido por el/la Letrado/a Sr/a. Zorita Arenas, y, como demandada, "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén (UNICAJA)", representada por el/la Procurador/a Sr/a. González Bezunarte, y asistida por el/la Letrado/a Sr/a. Almoguera Valencia, cuyo objeto es nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 27 de abril de 2011 se presentó demanda de juicio ordinario por el/la Procurador/a Sr/a. Lepiani Velázquez, en representación de D. Luis Pablo , contra UNICAJA. En ella solicitaba que se declarase la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo suscrito entre las partes, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable, alegando que se trata de una condición general, y que tiene el carácter de abusiva, y que se condenara a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato, así como a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma, más el interés legal.

SEGUNDO. Dicha demanda fue admitida a trámite por este Juzgado, en virtud de decreto de fecha 15 de junio de 2011, y seguidamente se dio traslado a la demandada de copia de la misma y de los documentos adjuntos. Ésta presentó contestación en tiempo y forma.

TERCERO. El día 20 de octubre de 2011 se celebró la audiencia previa, con el resultado que consta en el correspondiente soporte audiovisual.

CUARTO. El día 21 de diciembre de 2011 se celebró el juicio, con el resultado que obra en el correspondiente soporte audiovisual, quedando el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la parte actora reclama que se declare la nulidad de una de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, en fecha 29 de febrero de 2009, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("cláusula suelo"), alegando que se trata de una condición general, y que tiene el carácter de abusiva, y que se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato, así como a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma, más el interés legal. Señala que se pactó que el tipo de interés fijado como remuneración del capital prestado sería EURIBOR (índice de referencia variable) a un año, más un punto, sin que, fueran cuales fuesen las fluctuaciones del EURIBOR, dicho tipo pudiera descender por debajo del 3,5%, de manera que se protege a la entidad bancaria frente a la caída del índice de referencia por debajo de un determinado límite. La cláusula se considera abusiva porque no va acompañada de una limitación similar para proteger al consumidor frente a fluctuaciones al alza del EURIBOR, por lo que causa un desequilibrio en perjuicio de éste, contrario a la buena fe. Afirma, por otra parte, que durante la

anualidad comprendida entre el 20 de agosto de 2010 y el 20 de agosto de 2011 el tipo que hubiera correspondido pagar, sin la cláusula limitativa, hubiera sido del 2,281%, puesto que el valor del EURIBOR, para dicho período, era del 1,281%. No concreta el valor del EURIBOR para el período comprendido entre el 20 de agosto de 2009 (fecha de inicio del período de interés variable, pues se estableció un período inicial de seis meses con interés fijo) y el 20 de agosto de 2010.

La demandada, "UNICAJA", se opone a la solicitud efectuada de contrario. Alega que la cláusula no tiene la consideración de condición general, y por tanto no puede ser abusiva, puesto que fue conocida y expresamente aceptada por el demandante (que, por lo demás, pudo acudir a otra entidad, siendo muy amplia la oferta de préstamos existente en el mercado), en atención a las circunstancias particulares del caso, y no fue, por tanto, impuesta unilateralmente por la demandada. No es abusiva, por otra parte, porque, en general, confiere estabilidad al mercado financiero, y en tal sentido es beneficiosa tanto para el acreedor (entidad bancaria) como para el deudor (consumidor), puesto que protege un interés público. Pretende el fin legítimo de permitir a la entidad bancaria la recuperación de los costos invertidos para poder ofrecer el producto en las condiciones en que lo hace, y ello beneficia también al consumidor que acude a solicitar el crédito, puesto que le permite obtenerlo en mejores condiciones. En este sentido remite al informe elaborado por el Banco de España al hilo de una moción presentada en el Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de mayo de 2010, cuyo texto aporta. La demandada alega, además, que, en el caso concreto, no existe el pretendido desequilibrio entre las prestaciones de las partes, ya que el límite mínimo establecido es de los más moderados del mercado, y por lo demás el propio contrato prevé mecanismos de protección para el consumidor, frente a una eventual subida excesiva de los tipos de interés, como es la cláusula que le permite desligarse del contrato, en caso de que no se muestre conforme con el tipo aplicado, restituyendo el total del capital pendiente en el plazo de un mes. Además, no es mucha la diferencia entre lo que efectivamente pagó, debido a la aplicación de la cláusula en litigio, y lo que hubiera pagado en caso de no existir. Por ello, ningún perjuicio se ha causado, objetivamente, al demandante, y no existe desequilibrio. Al margen de todo ello, dicha cláusula estaría exenta de ser sometida a control jurisdiccional por ser abusiva, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, al referirse a un elemento esencial del contrato, el precio, y contribuir a la determinación del mismo, tal y como ya puso de manifiesto el informe del Banco de España, antes citado. Invoca, en último lugar, la doctrina de los actos propios, señalando que el consumidor, que suscribió el contrato y aceptó la

cláusula, no puede ahora actuar en contra de tal aceptación, impugnando la misma, pues ello constituye un abuso de derecho, prohibido por el art. 7 Cc (LA LEY 1/1889) .

SEGUNDO.- Analizaremos, en primer lugar, la reclamación tendente a obtener la declaración de nulidad de la cláusula contractual a que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, por lo que debe aplicarse, respecto de tal extremo, lo dispuesto por el art. 281.3 LEC (LA LEY 58/2000) . Dicha reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de Condiciones Generales de la Contratación. El mencionado precepto dispone, en su apartado 1, que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". El apartado 2 establece que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007), a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley. Existe, asimismo, una Ley andaluza de protección al consumidor, 13/03, de 17 de diciembre, si bien se ocupa fundamentalmente del aspecto administrativo de tal protección.

TERCERO.- Como ya hemos visto, se discute, en primer lugar, si la cláusula controvertida posee el carácter de condición general de la contratación, y en concreto si fue impuesta por la entidad bancaria. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva. Conforme al art. 1.1 de la Ley 7/98 , "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". La parte demandada discute, concretamente, que no fue impuesta por ella, puesto que se aceptó libremente por el actor, y que por ello no puede ser considerada abusiva. Antes que nada hemos de aclarar que la realidad que contempla el art. 1.1 de la Ley 7/98 son los llamados contratos de adhesión, que se caracterizan porque su contenido viene predeterminado e impuesto por una de las partes (predisponente), mientras que la contraparte (adherente) se limita a aceptar,

en bloque, las cláusulas propuestas, sin que exista una previa negociación individualizada del contenido del contrato. Incluso establece el mencionado precepto, en su apartado 2, que "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". Es decir, que un contrato es de adhesión si, en general, su contenido no ha sido fruto de una previa negociación entre las partes, sino que dicho contenido ha sido propuesto por una y meramente aceptado por la otra, incluso aunque alguna disposición en concreto sí se haya negociado, a la que no se aplicará la normativa especial contenida en la Ley citada. Las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto la calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al art. 7 de la Ley 7/98, pero no excluiría su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluralidad de contratos similares. Los contratos con condiciones generales no excluyen, pues, por completo la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ve matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en situación de igualdad, ya que, en el caso del adherente, se limita a aceptar, o no, las condiciones que le ofrece la contraparte. Pues bien, a partir de tal situación, que no prohíbe, sin más, nuestro ordenamiento, como hemos visto, se configuran diversos mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se aproveche, injustamente, de tal situación. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, que señala que "la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica". Ello quiere decir que el control del carácter abusivo de una cláusula, conforme a la Ley 7/98, no se supedita a que la misma haya sido, o no, libremente consentida por el adherente (la protección del adherente frente a las cláusulas abusivas predeterminadas por el adherente parte de esta base), sino a que haya sido negociada individualmente por el mismo, pues ello, y no la simple aceptación de la cláusula, excluiría la

desigualdad inherente a todo contrato de adhesión, y la necesidad de especial protección del adherente, de la que forma parte dicho control.

CUARTO.- En el presente caso, no se ha acreditado que la cláusula objeto del litigio fuese el resultado de una negociación, sino todo lo contrario. Así, el demandante, en su interrogatorio, negó que tuviera oportunidad de discutir las condiciones del préstamo de forma individualizada, y particularmente la relativa al límite mínimo aplicable al tipo de interés, variable, pactado. Afirmó, de hecho, que la contratación del préstamo le fue gestionada por el Instituto de la Vivienda, puesto que su finalidad era financiar la adquisición de una vivienda de protección oficial. La testifical de D. Fausto , empleado de la demandada, que tramitó la concesión del préstamo, no acredita lo contrario. En efecto, el testigo señaló que el demandante acudió en varias ocasiones a la oficina en la que presta servicios, y se entrevistó con él, con motivo del préstamo, y de otras cuestiones que había de solucionar con la entidad bancaria, puesto que estaba en proceso de separación de su esposa, y que, en el curso de dichas conversaciones, se mencionó la limitación controvertida. Ello prueba que el demandante conocía dicha limitación (en cualquier caso, la misma figura en la escritura de préstamo, de cuya copia es claro que dispone el actor, puesto que la ha aportado al presente proceso, junto con la demanda, como documento nº 1), y tampoco se duda, a la vista de la prueba practicada, de que la aceptara, libremente (es decir, sin intervenir error, dolo, violencia o intimidación), pero tal aceptación no excluye que nos hallemos ante un contrato de adhesión, y ante una condición general, pues ello requeriría, como hemos visto, que la cláusula en cuestión hubiera sido negociada de forma individualizada. Del testimonio del Sr. Fausto no se desprende que la cláusula fuera negociada previamente con el cliente (el actor), puesto que únicamente señaló que habló con él del préstamo, como de otros temas (tales conversaciones pudieron ser meramente informativas, sin que el mero hecho de su existencia implique que el demandante tuviera ningún poder para determinar el contenido del contrato), y mencionó, además, que no existió siquiera previa oferta vinculante, que reflejara las condiciones que ofrecía la entidad bancaria, que habría podido servir de base a una posible negociación. El testigo señaló, además, que todos los préstamos cuyo tipo de interés era EURIBOR más un punto, que ofrecía la entidad bancaria, contenían un límite mínimo, y que no recordaba que establecieran, en cambio, un límite máximo a la variación del tipo de interés. Vemos, pues, que dicha testifical no sólo no contradice lo manifestado por el actor, en su interrogatorio (que la cláusula no fue negociada, puesto que el demandante aceptó, en bloque, las condiciones que se le ofrecían), sino que corrobora que se trataba de una cláusula tipo, incorporada, como regla general, a todos los contratos de préstamo

hipotecario que suscribía la entidad bancaria, que tampoco recuerda que contuvieran un límite máximo al tipo de interés, al igual que sucede en el presente caso (así se desprende de la correspondiente escritura, sin que haya sido negado, por lo demás, por la demandada). Del texto del contrato, de hecho, contenido en la escritura, aportada, mediante fotocopia (cuya autenticidad no ha sido impugnada), junto con la demanda, no se desprende que se contemplaran circunstancias particulares, a la hora de redactarlo. Incluso algunas cláusulas prevén situaciones que no concurren en el caso presente. Así, por ejemplo, se establece que, en el caso de que sean varios los deudores, éstos responderán solidariamente, cuando en el supuesto que nos ocupa el deudor es sólo uno, se contempla el cobro de una comisión por cancelación anticipada, que se excluye en el caso de que el préstamo se conceda a una persona física, para la adquisición de vivienda, supuesto que corresponde al que nos ocupa (pese a lo cual se hace referencia otros), o de que el destinatario sea una persona jurídica de reducidas dimensiones (que no tiene nada que ver con el presente supuesto), y se hace referencia al incumplimiento del deudor y sus fiadores, en su caso, cuando en este caso no hay fiadores. Ello revela que el contenido del contrato se redactó de forma genérica, para ser aplicado en una pluralidad indeterminada de supuestos. No hay nada en él que indique que la cláusula de límite mínimo del tipo de interés fue negociada de modo particular. Es más, como ya hemos visto, el testigo, Sr. Fausto, corroboró que iba incorporada a todos los contratos de similares características que celebraba "UNICAJA". Nos hallamos, pues, ante una condición general, es decir, ante una cláusula cuyo contenido, aunque aceptado libremente por el demandante, fue determinado por la entidad bancaria demandada, que lo incorporaba, en general, a cuantos contratos de préstamo suscribía.

QUINTO.- Una vez determinado que nos hallamos ante una condición general, resta analizar el segundo punto de discusión, que se refiere al carácter abusivo de la misma. El art. 8.2 de la Ley 7/98 (en adelante, LCGC) se refiere exclusivamente a los contratos celebrados con un consumidor, y remite, en cuanto a la definición de "cláusula abusiva", a la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ya hemos visto que, en la actualidad, ha sido sustituida por el RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007). Analizaremos, en primer lugar, si nos hallamos ante un contrato incluido dentro del ámbito de esta normativa. Conforme al art. 2 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007), el ámbito de aplicación de dicha norma se restringe a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Conforme al art. 3 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007), son consumidores o usuarios, a efectos de la misma, las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a

una actividad empresarial o profesional. Son empresarios, conforme al art. 4, quienes actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, sea pública o privada. Por su parte el art. 3.a) de la Ley 13/03, del Parlamento andaluz, define a los consumidores y usuarios como "las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos". Es claro, pues, que para la legislación protectora de los consumidores (estatal y autonómica) lo fundamental, que determina la aplicación de tal régimen de especial protección, es que el adquirente de bienes o servicios no los destine al ejercicio de una actividad empresarial o profesional. En el presente caso, de la escritura de préstamo se desprende que el mismo se concedió a una persona física, D. Luis Pablo , para la adquisición de una vivienda. No se ha puesto de manifiesto que el mismo pensara destinarla, o que efectivamente la destine, al ejercicio de una actividad empresarial o profesional. Desde luego, en la escritura de préstamo no se refleja tal cosa, y el término "vivienda" hace referencia, en principio, al uso que es propio del bien adquirido, que no es otro que el de servir de morada a su adquirente. En cambio la demandada, entidad bancaria, concedió el préstamo en el marco del ejercicio de su actividad empresarial, que incluye, precisamente, la concesión de crédito. Nos hallamos, pues, dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de los consumidores, a la que remite el art. 8.2 LCGC.

SEXTO.- El art. 82.1 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) , al que, como hemos visto, remite el art. 8.2 LCGC, establece que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Conforme al párrafo segundo del apartado 2 del mencionado artículo, "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Ya hemos visto que la demandada no ha cumplido con dicha carga, e incluso que de la prueba practicada se desprende lo contrario a lo que afirma, es decir, que la cláusula no fue negociada individualmente, sino predispuesta y prevista para una pluralidad indeterminada de contratos. Analizaremos, acto seguido, si la misma causa un desequilibrio importante entre las posiciones de ambas partes, derivadas del contrato, en perjuicio del consumidor, de forma contraria a la buena fe. Para ello habrá de tenerse en cuenta, conforme al apartado 3 del art. 82

del RD Legislativo citado, "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". En todo caso son cláusulas abusivas, conforme al apartado 4, letra c), las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato. El art. 87 recoge algunos ejemplos de cláusulas abusivas por falta de reciprocidad (conceder al empresario la facultad unilateral de resolver el contrato, cuando al consumidor no se le reconoce la misma facultad, la imposición de deberes al consumidor incluso cuando el empresario hubiese incumplido los suyos, etc). No se contempla, expresamente, el caso que nos ocupa, si bien los supuestos que menciona no son *numerus clausus*, sino meros ejemplos de falta de reciprocidad, según se desprende del tenor literal del precepto. Hemos de señalar, por otra parte, que, en materia de protección del consumidor frente a cláusulas abusivas, nada dice la Ley 13/03, de 17 de diciembre (LA LEY 52/2004), del Parlamento andaluz, que, como ya se ha tenido ocasión de indicar, se ocupa, más bien, del aspecto administrativo, y no civil (dentro del cual ha de encuadrarse el control jurisdiccional de la validez del clausulado de un contrato), de dicha protección.

SÉPTIMO.- En el presente caso observamos que, tal y como dice la parte actora, y no discute la demandada (asimismo, la lectura de la escritura de préstamo permite corroborarlo), se fija, como retribución del capital prestado, tras un primer período de seis meses, en el que se establece un interés fijo, del 3,452%, un interés variable, determinado, cada año, por el importe del EURIBOR en el mes anterior a cada revisión, más un punto. Ello supone que la retribución que obtiene la entidad bancaria por el préstamo varía cada año, en función de las fluctuaciones que sufra el índice de referencia (EURIBOR), de manera que, si éste es menor, disminuye la retribución, y si éste es mayor, aumenta. Pues bien, en el contrato se fija un límite mínimo al tipo de interés, de manera que, descienda lo que descienda el valor del EURIBOR, la entidad bancaria siempre percibe un interés mínimo, concretamente el 3,5%. De este modo queda protegida frente a posibles descensos de dicho índice, que hagan descender el tipo de interés por debajo del límite establecido, y se asegura, al menos, una retribución mínima. En cambio, y así se desprende de la lectura del documento nº 1 de la demanda, el contrato no contiene ninguna cláusula en virtud de la cual se establezca un límite máximo al tipo de interés, de manera que quede protegido, de igual forma, el consumidor, frente a los aumentos del valor del EURIBOR, garantizándole que el precio que debe pagar por el préstamo no asciende por encima de una determinada cota. Entendemos que ello supone una falta de reciprocidad, en perjuicio del consumidor, contraria a la buena fe,

pues, habiéndose pactado un interés variable, la entidad bancaria quedaría protegida, frente a la posibilidad de cobrar un precio excesivamente bajo, por la cláusula en litigio, quedándole garantizado siempre el cobro de un precio mínimo, mientras que no se otorga al consumidor la misma protección, en el caso de que la subida del EURIBOR determine una subida del tipo de interés, de manera que, como ya hemos dicho, la entidad bancaria cobrará siempre un precio mínimo, sea cual sea el valor del índice de referencia, y por mucho que baje éste, mientras que el incremento del valor de dicho índice puede determinar la subida del tipo de interés ilimitadamente, en perjuicio del consumidor, y en beneficio del banco. Es decir, habiéndose pactado que el precio del capital prestado (interés) será variable, en función del valor del EURIBOR, se concede al empresario una protección, frente a la fluctuación del índice de referencia, de la que no goza el consumidor. Las partes, pues, no asumen el mismo riesgo, frente a la fluctuación del EURIBOR, y no se ha acreditado que ello obedezca a ningún motivo en particular, es decir, que, a cambio de esta protección otorgada a la entidad bancaria, se concediera al consumidor una protección similar u otras particulares ventajas. Ya hemos visto, de hecho, que de la prueba practicada no se desprende que las circunstancias particulares del caso determinaran la redacción del contrato, que era un contrato tipo. El testigo propuesto por la propia entidad bancaria corroboró que todos los préstamos similares contenían un límite mínimo para el tipo de interés, pero no un límite máximo, o al menos no recordaba que lo contuvieran. Por lo demás, la entidad bancaria, ni en su contestación a la demanda ni en sus conclusiones supo concretar estas particulares ventajas más allá del hecho de diferir la restitución del préstamo a treinta años (360 mensualidades, tal y como refleja la escritura), o de ofrecer un tipo de interés que resultaba al consumidor bastante interesante, en comparación con el que ofrecían al demandante otras entidades crediticias. No creemos que ello pueda suponer la necesaria contrapartida de la llamada "cláusula suelo" (limitación, a la baja, del tipo de interés variable), puesto que la demandada no ha acreditado que tales ventajas se concedieran particularmente al demandante en atención a la existencia de límite mínimo, respecto del tipo de interés, y, de hecho, como ya hemos visto, establecer dicho límite mínimo, sin un máximo, era la tónica general en todos los contratos en que el tipo de interés pactado era EURIBOR más un punto, tal y como corroboró el testigo, Sr. Fausto . El informe del Banco de España aportado por la demandada, junto con su contestación, menciona, por otra parte, que el plazo normal fijado, en el mercado, para la devolución de los préstamos hipotecarios se sitúa en torno a los veinticinco años. La inexistencia de límite máximo no era, pues, algo que se estableciera en función de las circunstancias particulares de cada cliente, y por tanto no podemos

considerar que la exclusión del mismo, en el caso presente, obedeciera al hecho de que se concediera el préstamo al demandante en unas condiciones prácticamente ventajosas. No se ha probado, de hecho, que el tipo de interés ofrecido fuese particularmente reducido, en atención a la existencia de suelo, o que el plazo fuese particularmente elevado. Por su parte el informe mencionado corrobora que, en general, las cláusulas suelo no se incluyen en los contratos, ni se fijan sus umbrales, en función de las características de la operación, perfil de riesgo del cliente, porcentaje de financiación, etc, sino que la tipología de las operaciones que contienen esta limitación es muy similar a la de aquéllas que no la contienen. No podemos entender, por otra parte que el hecho de que el establecimiento de tales cláusulas, en general, permita dotar de estabilidad al sector bancario, y posibilite que éste pueda ofrecer préstamos en mejores condiciones (con diferenciales más bajos, en los supuestos de interés variable, o plazos más amplios), lo que también beneficia al consumidor, tal y como resalta dicho informe, suponga excluir la posibilidad de atribuir la condición de abusivas a dichas cláusulas, en cualquier caso, obviando las particulares circunstancias que concurren en el caso concreto. Tal valoración puede llevarnos a considerar, como hace el informe, que tales cláusulas no son, en sí mismas, perjudiciales para el consumidor, pero no excluye que puedan serlo en función de las circunstancias del caso concreto, y, como ya hemos dicho, en el caso concreto no se ha justificado que las condiciones ofrecidas, en cuanto a diferencial y plazo, fuesen particularmente ventajosas, en atención a la existencia de cláusula suelo.

OCTAVO.- Se dice, por la demandada, por otra parte, para justificar la ausencia de desequilibrio entre las partes, que el límite mínimo pactado no es particularmente elevado, y que su aplicación no determina la existencia de una gran discrepancia entre lo efectivamente pagado, aplicando la mencionada cláusula limitativa, y lo que se hubiera abonado en caso de no ser aplicada. En cuanto a lo primero, no se prueba tal cosa. De hecho el informe del Banco de España al que anteriormente hemos hecho referencia recoge que la media, en cuanto al tipo de interés mínimo fijado por las entidades bancarias, se encuentra en el 3,35%, para los préstamos concedidos en 2009, como es el caso del que nos ocupa. Es decir, el límite establecido está cerca de la media, pero no podemos afirmar, a la vista de lo anterior, que sea de los más bajos del mercado, ni, por tanto, particularmente favorable para el consumidor, de modo que pudiera compensar la ausencia de límite máximo. En cuanto a lo segundo, la documental aportada junto con la demanda (documento nº 8, carta remitida al cliente por la propia entidad bancaria demandada) permite constatar que el tipo de interés que se habría aplicado, de no existir la cláusula suelo, durante el período

comprendido entre el 20 de agosto de 2010 y el 20 de agosto de 2011, sería del 2,281% (EURIBOR, fijado en el 1,281%, más un punto), mientras que dicha cláusula suelo implica la aplicación de un interés del 3,5%. Entendemos, a la vista de ello, que la diferencia sí es relevante, y que no permite excluir una situación de desequilibrio. Hemos de concluir, por todo lo anterior, que la cláusula de límite mínimo contenida en el contrato de préstamo suscrito por las partes merece la consideración de abusiva, conforme al art. 82.4.c) del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) , al no contemplar el contrato ninguna ventaja, a favor del consumidor, en compensación del riesgo, ilimitado, que asume, en cuanto a la subida del índice de referencia, que determinará la subida del tipo de interés, riesgo que no asume, en cambio, la entidad bancaria, en la misma medida, puesto que su retribución nunca podrá caer por debajo de un determinado límite. Es decir, la cláusula suelo no es abusiva en sí misma, ni atendiendo a la cuantía, más o menos elevada, de dicho límite mínimo (cuya adecuación a la normativa de protección de los consumidores no se examina, ni se ha planteado por la parte demandante), sino que lo es por no contener el contrato ninguna contrapartida al riesgo que asume el consumidor, y no la entidad bancaria, frente a las fluctuaciones del tipo de interés, o lo que es lo mismo, por no existir una "cláusula techo", que limite el riesgo que asume el consumidor al igual que la cláusula suelo limita el que asume la entidad bancaria, o cualquier otra que le compense específicamente por dicho riesgo. Alega la parte demandada que el contrato permite al consumidor desligarse del mismo si no acepta el tipo de interés fijado, en cada momento, por la entidad bancaria, conforme a lo pactado. Sin dejar de ser ello cierto (así se desprende, efectivamente, de la escritura), también lo es que el ejercicio de tal derecho por el consumidor se supedita a que, en el escueto plazo de un mes, restituya la totalidad del capital del préstamo. La brevedad de dicho plazo, y el elevado importe del capital prestado (86.500 euros, según refleja la escritura), teniendo en cuenta el nivel económico medio de cualquier consumidor, determina que, en la práctica, la aplicación de dicha cláusula resulte imposible, máxime cuando, como sucede en el presente caso, se ha satisfecho una mínima parte del capital prestado (el préstamo se concedió en febrero de 2009, a treinta años, y no consta que se hayan llevado a cabo cancelaciones anticipadas). Dicha cláusula, pues, no es capaz, en la práctica, de restablecer el debido equilibrio de prestaciones entre las partes.

NOVENO.- Hemos de mostrarnos de acuerdo con el criterio expuesto por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011 , invocada por la parte demandante en sus conclusiones, que señala que "la cláusula suelo es uno de los instrumentos de cobertura ante los riesgos de fluctuación del índice de referencia de los tipos de interés, en este

caso el EURIBOR, de cierta relevancia en la actualidad en que este índice ha bajado considerablemente en relación con el existente a la fecha del contrato. Como tal instrumento es lícito y su incorporación a un contrato de préstamo no se vería afectada por causa de nulidad si fuera consentida y pactada entre las partes y el desequilibrio que pudiera generar por sí solo se viera compensado por otros mecanismos (mayores o menores porcentajes en los diferenciales, ausencia de comisiones por vencimientos anticipados o recíproca cláusula techo), todo ello previa y claramente detallado, informado y pactado". Tal y como ya hemos visto, la mencionada cláusula proporciona estabilidad a las entidades bancarias, permitiéndoles recuperar los costes invertidos para ofrecer el producto (préstamo), lo cual no dudamos que sea de interés público (también beneficia, en principio, al consumidor, pues permite, en general, bajar los tipos y ampliar los plazos), además de razonable, desde el punto de vista económico, y, en sí, perfectamente legítimo. Sin embargo, tal y como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 (que también menciona que la sola existencia de una cláusula suelo, por sí, no determina su carácter abusivo), "esa racionalidad económica de la acotación de los tipos de interés variable no puede ser opuesta en el examen de la condición general desde el prisma de la tutela del consumidor, como elemento legitimador de una posible falta de reciprocidad en su contenido. Dicho de otra forma los efectos beneficiosos de la utilización de una determinada cláusula financiera para el buen funcionamiento del sistema, no pueden proyectarse a la relación jurídica individual con el consumidor, si la aplicación de dicha cláusula dentro de esa relación jurídica individual rompe la debida reciprocidad existente entre las partes", y no es legítimo, desde el punto de vista de la normativa de protección de los consumidores, y en concreto del art. 82.4.c) del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) , que no se establezca una contrapartida para el consumidor, y esto es lo que determina el carácter abusivo de la cláusula. Es decir, con independencia de que las cláusulas suelo sean, en abstracto, beneficiosas para todos los intervinientes en el mercado financiero (consumidores incluidos), ello no excluye que, en el caso concreto, las circunstancias concurrentes, que obliga a tener en cuenta el art. 82.3 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) , determinen que tales cláusulas impliquen un desequilibrio, en perjuicio del consumidor, y sean, por tanto, abusivas e ilícitas. Como señala la sentencia de 11 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de León , "no se trata de valorar la admisibilidad genérica en nuestro sistema de las cláusulas limitativas del riesgo [...], sino si dichas cláusulas están configuradas de modo equilibrado para ambas partes. No toda cláusula suelo es tributaria de un pronunciamiento de abusividad, sino, de acuerdo con lo razonado y en particular

con los criterios legales de desequilibrio entre las estipulaciones de las partes y la falta de reciprocidad, aquellas que no se vean compensadas con límites superiores (techos) que protejan efectiva y adecuadamente a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado".

DÉCIMO.- No es cierto, por otra parte, que la cláusula que nos ocupa deba ser sustraída al control de los tribunales de Justicia, desde la perspectiva del art. 8.2 de la LCGC y del art. 82 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) . La parte demandada, y el informe del Banco de España, ya mencionado (que, por cierto, no resulta vinculante para este o ningún otro órgano jurisdiccional), señalan que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 (cuya trasposición recoge la LCGC, y el art. 10 bis de la antigua LGDCU) impide someter a dicho control los elementos esenciales del contrato, entre los que se incluye el precio, que en un contrato de préstamo es el tipo de interés. En efecto, dicho precepto 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". Pero hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de junio de 2.010 , determinó que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, de un lado, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, de otro, es decir, a que la normativa interna de los Estados miembros sea más estricta, en cuanto a la protección de los consumidores, que la propia Directiva. El Tribunal Supremo, Sala I, en sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 , ha determinado que, a la vista de la interpretación del art. 4.2 de la Directiva realizada por la mencionada sentencia, no puede impedirse el control, por los órganos jurisdiccionales españoles, del carácter abusivo de ninguna cláusula, no negociada individualmente (concretamente se refiere a las de redondeo al alza del tipo variable), conforme a la legislación española, sobre la base del art. 4.2 de la Directiva, y ello con independencia de que la cláusula verse sobre elementos esenciales del contrato, o no.

UNDÉCIMO.- La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 , profundiza un poco más en el ámbito en que ha de desarrollarse el control jurisdiccional, y señala que la falta de reciprocidad ha de analizarse respecto de la equivalencia entre los derechos y

obligaciones fijados para las partes, y no respecto de su valor, es decir, la reciprocidad que debe existir, para excluir el carácter abusivo de la cláusula, ha de ser jurídica, y no económica (cita, en apoyo de esta tesis, además de alguna opinión doctrinal, la SAP Madrid, de 22 de marzo de 2007), de manera que el órgano jurisdiccional no podría entrar a analizar cuestiones de tal naturaleza, como el importe fijado para el tipo de interés (es decir, no podría determinar si un determinado tipo es abusivo o no, quedando dicho tipo exento de todo control jurisdiccional distinto del que determina la normativa sobre prohibición de la usura), puesto que ello se hace en función del resto de circunstancias económicas concretas que determinan la celebración del contrato, así como de las de la propia entidad y el mercado crediticio, que no corresponde valorar a dicho órgano, sino a los operadores que actúan en el mercado (es decir, el precio lo fija dicho mercado, y los órganos jurisdiccionales no pueden incidir en la fijación de dicho precio, salvo para controlar que no vulnera la normativa vigente en materia de usura). El órgano jurisdiccional debe valorar, pues, únicamente, si existe reciprocidad, desde el punto de vista jurídico, entre los derechos, obligaciones y riesgos que asumen ambas partes, es decir, si a cada derecho, obligación, ventaja o carga que se atribuya a cada una de las partes, corresponde otra similar, atribuida a la contraria, valoración en la que no podría dejar de tener en cuenta, entendemos, la finalidad de especial protección del adherente, y concretamente del consumidor, que inspira tanto la LCGC como el RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007), en atención a la posición dominante de la entidad bancaria. De este modo el control del órgano jurisdiccional no incidiría, propiamente, en elementos que sólo pueden determinarse por el mercado, en atención a consideraciones económicas, que quedan fuera de las atribuciones de cualquier órgano jurisdiccional, atribuciones que, según se desprende del art. 117 de nuestra Constitución, se limitan a "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", conforme al ordenamiento jurídico (art. 1.7 Cc (LA LEY 1/1889)), y no han de extenderse al control de oportunidad de decisiones de índole meramente económica, como la fijación del concreto tipo de interés que la entidad bancaria pretende cobrar a cambio de sus servicios. Ello no excluye, creemos (y nada distinto dice la mencionada sentencia, invocada por la demandada, cuyas consideraciones, por lo demás, compartimos), la posibilidad de apreciar la existencia de desequilibrio si una y otra parte asumen riesgos desiguales, en relación con las fluctuaciones del índice de referencia empleado para determinar el tipo de interés, que queda dentro del ámbito de lo estrictamente jurídico.

DUODÉCIMO.- La mencionada sentencia, en efecto, que cita, de nuevo, en apoyo de la tesis que sostiene, las consideraciones contenidas en la SAP Madrid de 22 de marzo de 2007, expresa sus

dudas en torno a la atribución a la cláusula suelo de carácter esencial, a los efectos del art. 4.2 de la Directiva, pues "si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto". Por ello concluye que "la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato". Este criterio ya fue acogido, anteriormente, por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 , y no podemos sino compartirlo. En efecto, la remuneración que obtiene la entidad bancaria por el capital prestado (interés) constituye, sin duda, un elemento esencial del contrato, pero las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés no inciden directamente en la configuración de dicho elemento (dicha configuración corresponde a la disposición que determina, en el presente caso, que el tipo de interés aplicable será EURIBOR más un punto, cláusula cuya revisión jurisdiccional no se ha solicitado), sino que, simplemente, establecen un tope, máximo o mínimo, a su variabilidad, a modo de cláusula de estabilización. Ciertamente la sentencia citada acaba desestimando la pretensión de nulidad de la cláusula suelo ejercitada, pero no lo hace porque no pueda entrar a examinar si la misma implica un desequilibrio, en perjuicio del consumidor, a la vista del resto de cláusulas del contrato, y particularmente de los derechos y obligaciones que se establezca para la entidad bancaria, sino porque, existiendo, en el supuesto que analiza, una cláusula techo (lo cual, como ya hemos visto, no sucede en el presente caso), considera que no puede entrar a valorar si el suelo fijado es demasiado alto o demasiado bajo en relación con el techo establecido, es decir, si existe una equivalencia económica, más que jurídica, entre ambas cláusulas, sin que aprecie falta de equivalencia, desde el punto de vista jurídico (recordemos que, a diferencia de lo que ocurre en el caso presente, en el supuesto que analiza sí se establecía un techo, paralelamente al suelo).

DECIMOTERCERO.- La resolución del presente litigio no requiere entrar en tal análisis económico, pues se considera que existe desequilibrio (desde el punto de vista jurídico, no económico) porque, tal y como se alega en la demanda (la parte actora no invoca, siquiera, que el suelo sea demasiado elevado), no existe cláusula alguna que compense, en beneficio del consumidor, la existencia de la cláusula suelo, establecida en interés de la entidad bancaria. Dicho desequilibrio puede apreciarse,

tal y como hizo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León ya citada, incluso cuando exista cláusula techo, si el límite máximo establecido es tan elevado que no protege al consumidor, en la práctica, de la misma forma que a la entidad bancaria. Dicha valoración es meramente jurídica, puesto que atiende al hecho de que la cláusula supuestamente protectora del consumidor no es, en la práctica, operativa (a diferencia del suelo fijado), por lo que equivale a su inexistencia, y no económica, pues aunque tiene en cuenta el concreto importe del techo fijado, no enjuicia si el mismo es demasiado alto o demasiado bajo, sino si la garantía que ofrece al consumidor equivale a la que ofrece el suelo a la entidad bancaria, y concluye, sin necesidad de abordar ningún análisis económico, que no lo es. En el presente caso, en el que no existe cláusula techo, y no se discute, por lo demás, si el concreto importe del suelo es o no abusivo, resulta patente la falta de equivalencia de prestaciones, que puede apreciarse, y se aprecia, al margen de cualquier análisis económico, es decir, desde el punto de vista meramente jurídico.

DECIMOCUARTO.- Visto, pues, que es posible el control jurisdiccional de la cualidad de abusiva de la cláusula suelo, en el presente caso, puesto que ni la Directiva 93/13 impide examinar ninguna de las cláusulas de un contrato al amparo de la legislación nacional sobre la materia, conforme a las SSTS, Sala I, de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, ni puede considerarse como cláusula determinante de un elemento esencial, ni el motivo por el que se plantea su consideración como abusiva implica que el órgano jurisdiccional haya de hacer valoraciones económicas fuera de su alcance, y que, al amparo del art. 82 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007), la mencionada cláusula es, efectivamente, abusiva, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, puesto que supone la existencia de un desequilibrio entre las partes en el contrato, desde el punto de vista jurídico, en perjuicio del demandante (adherente), al suponer una limitación del riesgo que asume la entidad bancaria, frente a la fluctuación de los tipos de interés, y no establecerse, como contrapartida, en beneficio del consumidor, ninguna limitación del riesgo de la fluctuación al alza de tales tipos, procede, con base en el art. 8.2 de la LCGC, declarar la nulidad de la cláusula controvertida. La parte demandada no puede oponer, frente a ello, la doctrina de los actos propios, basándose en que el consumidor aceptó libremente dicha cláusula. Ya hemos visto que el hecho de que una cláusula haya sido aceptada libremente por el consumidor no impide que pueda ser considerada condición general, ni cláusula abusiva, consideraciones que dependen, más bien, de que la cláusula haya sido predispuesta (que no impuesta, en el sentido de no consentida libremente), y de que suponga un desequilibrio de prestaciones injusto, en perjuicio del consumidor. Pretender que la libre aceptación impide que una cláusula pueda ser considerada

abusiva es tanto como dejar completamente vacía de contenido la protección del consumidor, legalmente prevista, frente a dicho tipo de cláusulas que puedan tener tal consideración (la protección frente a la falta de consentimiento o de validez del mismo viene determinada por otras normas, como el art. 7 de la LCGC, o el art. 1.300 y ss Cc). Se estima, pues, la primera pretensión ejercitada en la demanda.

DECIMOQUINTO.- En cuanto a las consecuencias de tal nulidad, conforme al art. 83.1 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) , las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho (como ya se ha dicho), y se tendrán por no puestas. El apartado 2 confiere al órgano jurisdiccional una facultad integradora, conforme al art. 1.258 Cc (LA LEY 1/1889) y la buena fe, y moderadora, respecto de los elementos afectados por la nulidad, y establece que únicamente se declarará nulo el contrato en su totalidad cuando no sea posible dicha integración, es decir, cuando el desequilibrio subsista, pese a tenerse por no puestas las cláusulas nulas. En el presente caso, lo único que se solicita por el demandante es que se condene a la demandada a eliminar la cláusula del contrato. Procede dicha condena, puesto que el demandante la pide, y dado que la Ley establece que la cláusula se tendrá por no puesta (la mencionada condena no es sino consecuencia de tal previsión, que ampara, por tanto, la posibilidad de emitir el pronunciamiento solicitado), aunque hemos de aclarar que no era necesario que la demandada realizara ninguna conducta para que la cláusula no produjera efectos, pues para ello basta con la declaración de nulidad, que lleva implícito que haya de ignorarse la misma, conforme prevé el art. 83.1 RD, con independencia de que se mantenga su presencia material en el documento que contiene el contrato. En cuanto a la integración del contrato, prevista por el art. 83.2 RD, no parece de recibo alegar, como hizo la parte demandada, en conclusiones (ni siquiera en su contestación a la demanda o mediante reconvencción), que el demandante podría haber solicitado la incorporación al contrato de una cláusula techo (solución que parece que considera preferible, y parece que propone, la demandada), en vez de solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo, pues, en primer lugar, el demandante es libre de acudir a los tribunales para solicitar la tutela que desee, y de configurar su pretensión como desee (sin perjuicio de que corresponda a éstos concederle o no la tutela que reclama, conforme a la Ley), y el órgano jurisdiccional debe ajustar su respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (art. 218.1 LEC (LA LEY 58/2000)), y, en segundo lugar, la inclusión de tal cláusula, favorable al consumidor, estaba en manos de las partes, y concretamente de la entidad bancaria, predisponente del contrato que nos ocupa, como hemos visto, sin que se pueda obtener de este o de ningún órgano jurisdiccional la imposición, a las

partes, de cláusulas contractuales en absoluto previstas por la autonomía de la voluntad, ni siquiera en el ejercicio de la facultad integradora prevista por el art. 83.2 del RD Legislativo 1/07 (LA LEY 11922/2007) (que ha de tener en cuenta, conforme a lo dispuesto por el art. 1.258 Cc (LA LEY 1/1889) , además de lo expresamente pactado, la naturaleza de los derechos y obligaciones establecidos, el uso y la ley, además de la buena fe), pues ello supondría entrar, sin base legal alguna (y sin que la necesidad de establecer dicha cláusula derive, sin más, de la naturaleza de las obligaciones establecidas por el contrato de préstamo, o de ningún uso, que no se ha probado, conforme exige el art. 281.2 LEC (LA LEY 58/2000)), en el ámbito estrictamente reservado a la autonomía de la voluntad, sustituyendo la misma. La fijación de una cláusula techo (que la entidad bancaria, voluntariamente, optó por no incluir) , en efecto, no es necesaria para la validez no ya de la cláusula nula, sino del resto del contrato, que es a lo que se refiere el art. 83.2 del RD. Es decir, más que integrar el contrato, se estaría inventando su contenido (en contra, por lo demás, de la inicial voluntad de la parte que propone, de forma totalmente inoportuna, la integración), lo que, entendemos, no ampara el mencionado precepto.

DECIMOSEXTO.- Se solicita, en tercer lugar, por el demandante, la restitución del importe percibido de más por la entidad bancaria, a partir del momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo. Sin necesidad de entrar en más consideraciones, no podemos sino desestimar tal pretensión, puesto que, tal y como ha sido formulada, no cumple las exigencias del art. 219.1 LEC (LA LEY 58/2000) . Conforme a dicho precepto, "cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada [...], no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética". En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que "no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". En el presente caso, el suplico de la demanda (punto 3) se limita a expresar la petición de que se "condene a UNICAJA a la devolución al prestatario de cuantas cantidades haya cobrado la entidad hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del

proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico". No se concreta la cantidad a cuyo pago se solicita que se condene a la demandada, y tampoco las bases con arreglo a las cuáles haya de hacerse dicha concreción. Tampoco expresa la parte que se reserve la liquidación para un proceso posterior, y no creemos que el art. 219.1 y 3 LEC permita integrar la falta de precisión del suplico, en cuanto a la cantidad solicitada, atendiendo el órgano jurisdiccional, sin que exista petición de parte en tal sentido (con remisión, al menos, a tales documentos, para la determinación de la cantidad), a los elementos probatorios aportados (documento nº 7 de la demanda, que refleja las cuotas efectivamente cobradas por la entidad bancaria entre el 20 de agosto de 2009 y el 20 de agosto de 2010, aunque no posteriormente, y documento nº 8, carta remitida por la propia entidad bancaria, que refleja el valor del EURIBOR para el período comprendido entre el 21 de agosto de 2010 y el 20 de agosto de 2011), pues ello sería contrario al principio dispositivo, que inspira el proceso civil, tal y como refleja el art. 218.1 LEC (LA LEY 58/2000) , que establece que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, e implicaría, por tanto, para el órgano jurisdiccional ir más allá de sus atribuciones, que han de restringirse a resolver el litigio planteado por las partes, en los términos en que ha sido planteado. Resta puntualizar, por lo demás, y a mayor abundamiento, que ni siquiera las alegaciones contenidas en los fundamentos de la demanda o los documentos aportados junto a la misma, a los que acabamos de hacer referencia, serían suficientes para integrar la falta de fijación, en el suplico, de la cantidad o las bases necesarias para practicar la liquidación de la cantidad cobrada en exceso por la entidad bancaria, al menos respecto del período comprendido entre el 20 de agosto de 2009 y el 20 de agosto de 2010, ya que, en relación con dicho período, únicamente se aporta prueba documental de la cuota cobrada efectivamente por la entidad bancaria, pero no del valor del EURIBOR (que ni siquiera se menciona en la demanda), cuyo conocimiento es necesario para determinar la diferencia indebidamente percibida. Por todo ello hemos de desestimar la última pretensión ejercitada, ante su falta de precisión.

DECIMOSÉPTIMO.- Vista la estimación parcial de la demanda, procede, conforme al art. 394.2 LEC (LA LEY 58/2000) , no condenar en costas a ninguna de las partes.

Por todo lo anterior,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procurador/a Sr/a. Lepiani Velázquez, en representación de D. Luis Pablo , frente a "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén (UNICAJA)", debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula que establece, como límite mínimo del tipo de interés variable pactado, el 3,5% ("cláusula suelo"), contenida en el contrato de préstamo suscrito por las partes, contenido en escritura pública de fecha 20 de febrero de 2009, otorgada ante el Notario D. José Ramón Castro Reina, y debo condenar y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del mencionado contrato. No ha lugar a condenar a la demandada al pago de cantidad alguna. Todo ello sin expresa condena en costas de ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, en legal forma.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la misma, previa consignación del depósito de 50 euros previsto por LO 1/09, de 3 de noviembre (LA LEY 19390/2009), en la cuenta de este Juzgado, requisito sin el cual no se admitirá a trámite.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su incorporación a la causa, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.