

HANU

GOBIERNO VASCO
JUSTIZIA ETIA HEAN ADMINISTRAZIO SALA
TRIBUNAL JUDICIAL GASTAIZ EGIPTIA
TRIBUNAL JUDICIAL DE JUSTICIA Y ADMINISTRACION PUBLICA
TRIBUNAL Superior de lo Contencioso Administrativo

2012 SEP. 21

SENTENCIA Nº 217/2012

ES COPIA

EXP. Nº: 11/2012

21 SET. 2012

En VITORIA - GASTEIZ, a diecinueve de septiembre de dos mil doce.

La Sra. Dña. _____, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 11/2012 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: .

Son partes en dicho recurso: como recurrente CAJA RURAL DE NAVARRA SOC. COOP DE CREDITO, representado por la Procuradora D^a _____ y dirigido por el Letrado D. _____ ; como demandada GOBIERNO VASCO- DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y CONSUMO, representado y dirigido por el Letrado de sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en este Juzgado recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte recurrente contra la resolución mencionada anteriormente.

SEGUNDO.- Admitiéndose a trámite el recurso, registrándose el mismo y decidiéndose su sustanciación por el procedimiento abreviado, se acordó requerir a la Administración demandada para que remitiera el expediente administrativo y realizara los emplazamientos oportunos a los interesados, en la misma resolución se fijó día para la vista.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo, se dictó resolución acordando la exhibición del mismo a las partes a fin de que pudieran realizar alegaciones en el acto de la vista y solicitar la práctica de diligencias preparatorias de prueba.

CUARTO.- El día señalado tuvo lugar la celebración de la vista, con asistencia de las partes y el resultado que obra en autos.

QUINTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente procedimiento abreviado número 11/2012 la

Orden de 28 de octubre de 2011 del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco que desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de la Directora de Consumo de 4 de julio de 2011 por la que se imponía a la recurrente ,Caja Rural de Navarra una sanción de 5000 euros por la comisión de un infracción grave tipificada en el art. 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre en relación con los artículos 10,10 bis y clausula adicional primera de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, además de acordar la publicación de la sanción impuesta por razones de ejemplaridad.

Se basa la resolución recurrida para imponer la sanción a la recurrente en la consideración de la clausula tercero bis (clausula de suelo) que figura en la escritura de préstamo hipotecario concertado entre la recurrente y d. , como abusiva, al establecer un nivel de protección de sus intereses como prestamista muy superior al fijado en relación a los intereses del prestatario, provocando a éste último una situación de desprotección sobre los posibles cambios en los tipos a aplicar muy superior a la que debería sufrir la propia entidad bancaria, que considera constituye la infracción tipificada en el art. 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías , complementado por lo dispuesto en los artículos 10.1, 10 bis y 10.bis 2 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en la versión vigente entre el 24 de marzo y octubre de 2007.

Se impugna la sanción por la entidad bancaria recurrente negando en primer lugar el carácter abusivo de dicha clausula , alegando una errónea aplicación del art. 10 de la Ley General de Derechos de los Consumidores y Usuarios así como de la Ley 6/2003 de Estatuto de las personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco, al entender que la recurrente cumple con los requisitos establecidos en ambas normas, ya que la clausula en cuestión sí fue negociada individualmente con el cliente, como se evidencia en que en unos contratos de préstamo se incluyen las clausulas de techo y suelo y en otros no a lo largo del mes de septiembre. Además no pueden ser consideradas como abusivas ,ya que no existe ninguna sólo argumento en la resolución recurrida que justifique la existencia de la desproporción por el conteindo de la clausula controvertida, y la imposibilidad de apreciar desproporción en este tipo de clausulas, atendidas circunstancias tales como la larga duración de los préstamos y la mutabilidad imprevisible de los tipos de interés de referencia aplicables, alegando además de distintas resoluciones judiciales que refrendan dicha imposibilidad, el informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010 en e que se concluye que las mismas " son admisibles como un elemento de estabilización de los costes (desde el punto de vista del cliente) y de los rendimientos (desde la perspectiva de la entidad) de los préstamos a largo plazo. Siempre que el prestatario haya sido informado de forma adecuada, no pueden considerarse limitativas de sus derechos".

Ímpugna también el recurrente la tipificación como grave de los hechos imputados ya que no se ha cuantificandó el importe total que la aplicación de la clausula suelo haya significado para el Sr. , por lo que en todo caso debería haberse calificado como leve, y en caso de mantenerse que la misma es grave debería haberse sancionado con un multa en su grado mínimo, 3.000 euros ya que no se justifica de ninguna manera el incremento de dicho importe. Solicita po tanto se declare la nulidad de la sanción impuesta, dejando sin efecto la misma.

SEGUNDO.- Son hechos relevantes para la resolución del presente procedimiento y que se desprenden del expediente administrativo los siguientes:

1.- En fecha 4 de noviembre de 2009, Don [redacted] presenta reclamación frente a la entidad mercantil "CAJA RURAL DE NAVARRA, S. Coop. De Crédito" (en adelante CAJA RURAL DE NAVARRA) en la que manifiesta no estar de acuerdo con el tipo de interés a aplicar sobre el préstamo hipotecario en el siguiente periodo, puesto que la entidad reclamada no tiene en cuenta los descuentos por vinculación a aplicar sobre el diferencial con el interés de referencia que es el Euribor a un año.

En fecha 10 de mayo de 2010 [redacted] amplía a su reclamación mediante un nuevo escrito en el que literalmente expone:

"Quiero hacer constar que considero que las cláusulas por las que la entidad ha puesto límites al tipo de interés son abusivas ya que existe una gran desproporción entre el suelo y el techo".

2.- En fecha 28 de mayo de 2010, desde el Área de Consumo de Álava se remite a CAJA RURAL DE NAVARRA, escrito en el que se exponen la razones por las que esta administración considera abusivas las "cláusulas suelo y techo" incluidas en el citado préstamo hipotecario, invitándola a reconsiderar su postura y advirtiéndole que la inclusión de las mencionadas cláusulas, de la manera que se ha llevado a cabo, puede ser constitutiva de infracción en materia de consumo.

3.- En fecha 12 de agosto de 2010, CAJA RURAL DE NAVARRA presenta alegaciones al requerimiento remitido, en las que fundamentalmente manifiesta:

- Que las cláusulas suelo y techo incluidas en el clausulado del préstamo hipotecario son el resultado de pactos específicos con el cliente reseñado, el reclamante, que no son iguales en todos los casos sino que se negocian individualmente en cada caso, por lo que no nos encontramos ante contratos de adhesión.

- Que según informe del Banco de España dichas cláusulas no se consideran ilegales ni abusivas.

4.- Con fecha 1 de febrero de 2011 se dicta Acuerdo de Incoación del procedimiento sancionador, a fin de determinar las infracciones en que haya podido incurrir y la imposición de las sanciones que en derecho procedan. Notificado el referido Acuerdo de Incoación la mercantil imputada presenta el correspondiente escrito de alegaciones.

5.- En fecha 12 de mayo de 2011 se dicta Propuesta de Resolución por la instructora de este procedimiento sancionador debidamente notificada (consta acuse de recibo de 20 de mayo de 2011) ante la que CAJA RURAL DE NAVARRA presenta escrito de alegaciones a través de correo certificado en fecha 3 de junio de 2011, con fecha de entrada en el Registro del Departamento de Sanidad y Consumo de 7 de junio de 2011.

6.- Con fecha 4 de julio de 2011 la Directora de Consumo dicta resolución por la que se acuerda sancionar a la mercantil "Caja Rural de Navarra, S. Coop. De Crédito" con una sanción de multa por importe de 5.000 euros por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 50.4.g) de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre en relación con los artículos 10,10 bis y cláusula adicional Primera de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la versión vigente entre el 24 de marzo y el 11 de octubre de 2007. Asimismo la Directora de Consumo acuerda publicar la sanción impuesta, por razones de ejemplaridad.

7.- Contra dicha resolución D. _____, en nombre y representación de Caja Rural de Navarra, formula en forma y plazo recurso de alzada en el que se reitera en aquellas alegaciones que ya habían sido planteadas en anteriores fases del procedimiento y añade otras dos, a saber: la relativa a la errónea aplicación de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, por considerar que ha quedado acreditado que su representada no ha infringido un solo precepto de la normativa de consumidores y usuarios que puedan ser generador de infracción administrativa y la relativa a la sanción de publicación, por considerar que vulnera su derecho de defensa; dicho recurso de alzada fue desestimado por la Orden de 2 de octubre de 2011 del Consejero de Sanidad y Consumo, que es objeto del presente procedimiento.

TERCERO.- El artículo 50.4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras y del País Vasco establece lo siguiente:

4.- Constituyen infracciones en materia de normalización técnica, comercial y de prestación de servicios, así como en materia de condiciones o técnicas de venta o suministro de bienes o servicios:

g) La inclusión, en las condiciones generales de los contratos que suscriban las personas consumidoras y usuarias o en las ofertas publicitarias, de cláusulas que limiten o vulneren los derechos reconocidos a las personas consumidoras y usuarias por las disposiciones que resulten aplicables.

Pues bien, qué debe entenderse por cláusulas limitativas o vulneradoras de los derechos reconocidos las personas consumidoras y usuarias por las disposiciones que resulten aplicables, nos remite a la regulación contenida en la Ley 26/1984 de 19 de junio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, concretamente a los artículos 10.1 y 10 bis. En el primero de ellos se dispone que *1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:*

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas; considerando el art. 10 bis 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.

Pues bien, 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, la parte recurrente 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 al prestatario el 20 de agosto de 2007 (folios 3 a 5 del expediente administrativo), esto no es más que el cumplimiento de lo exigido por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

Así, la citada orden tiene un alcance meramente formal tendente a asegurar o promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de las aquellas cláusulas de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Sin embargo ello no implica que en ejecución de las obligaciones formales establecidas en la OM se despliegue una verdadera fase de negociación entre entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas, salvo supuestos excepcionales determinados por el perfil de cliente. Es más tal como resulta de la propia orden las cláusulas del tenor de la aquí examinada son preredactadas en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art 5 y posteriormente a la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante hasta el punto de imponer el art 7 la obligación de informar al cliente de cualquier divergencia entre uno y otro documento, en lo afectante a las cláusulas financieras. Desprendiéndose de la propia norma que estamos ante cláusulas preredactadas corresponde al predisponente acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual y desde luego de la aplicación de la OM se llega a la conclusión contraria, pues como señalaba en su supuesto semejante la Sentencia del juzgado Mercantil de León de 11 de marzo de 2011, precisamente presupone que las citadas son redactadas previamente por la propia entidad financiera. Es más no está de más recordar que la OM 1994 también se refiere a las cláusulas de redondeo, respecto de las que el tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones considerando que se trataría de una condición general de la contratación (por todas Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011)

El hecho alegado por la recurrente de la existencia de contratos en los que no se establece cláusulas de limitación de la variación del interés variable o de otros contratos en los que se fijan una límites máximos o mínimos distintos, no permite aún cuando se acreditara considerar que la cláusula contenida en la condición 3. Bis. no haya sido incorporado a una

pluralidad indeterminada de contratos, suficiente para considerar que nos encontramos ante una condición general de la contratación. En este sentido debería haberse acreditado que esa posibilidad real de negociación se da en un porcentaje significativo de los contratos suscritos.

En cuanto a la consideración de si dicha cláusula "suelo-techo" debe ser considerada o una condición general de la contratación o cláusula no negociada individualmente, y si constituye un elemento esencial o no del contrato, existen dos posturas doctrinales enfrentadas: una, niega que a los elementos esenciales de los contratos, como es el precio libremente pactado con el consumidor, se los pueda calificar de condiciones generales de la contratación, y otra, adoptada por otro sector doctrinal y por reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que considera que aunque afectase a un elemento esencial del préstamo, ello no implica que haya sido negociada individualmente, puede ser una condición general de la contratación y como tal debe ser revisada por los tribunales.

A) Postura contraria a considerarla una "condición general de la contratación" por considerarla un "elemento esencial" del contrato.

Un sector doctrinal niega que a los elementos esenciales de los contratos, como sería el precio libremente pactado con el consumidor, se los pueda calificar de condiciones generales de la contratación. Entienden que el control judicial de "abusividad" no puede extenderse a las cláusulas que se refieren a elementos esenciales, y aunque las cláusulas estén predispuestas por uno de los contratantes, no podrán calificarse de condiciones generales. Así, DÍEZ PICAZO, MENÉNDEZ, DÍAS VALDÉS y PACHECO CAÑETE, por ejemplo.

Esta es la postura a la que se adscribe el " INFORME DEL BANCO DE ESPAÑA " sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, emitido a instancias del Senado, publicado en el BOCG num. 457 del Senado de 7 de mayo de 2010 (documento 4 adjunto a la contestación), calificando de "elemento esencial del precio" a las tan criticadas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, aludiendo al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, aunque en el mismo informe entiende esta juzgadora que se incurre en evidentes contradicciones con la conclusión anterior, como se expondrá en el razonamiento B) siguiente.

Es la argumentación sostenida también por la reciente sentencia de la Sección Quinta de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, de 7 de octubre de 2011, como se desprende de su Fundamento de Derecho Quinto, que asume la argumentación del Banco de España en el referido informe.

B) Postura del TRIBUNAL SUPREMO y doctrina mayoritaria: sí podemos estar ante una "condición general de la contratación" aunque la cláusula (en nuestro caso, la limitativa del interés variable) se tratara de un "elemento esencial" del precio.

Tras las reiteradas resoluciones dictadas al respecto por el TRIBUNAL SUPREMO, remitiéndose a la sentencia del TJCE de 3 de junio de 2010, entiende esta juzgadora que la interpretación anterior debe ser obligatoriamente rechazada. El TJCE señalaba que un tribunal nacional puede apreciar en cualquier circunstancia el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera al objeto principal de ese contrato, incluso cuando esa cláusula ha sido redactada de antemano por el profesional de una manera clara y comprensible. Y

el TRIBUNAL SUPREMO ha señalado que es indiferente que la cláusula se refiera a un elemento esencial del contrato como es el precio a efectos de considerar su carácter abusivo. Es decir, aunque la cláusula se refiera al precio mismo del contrato (elemento esencial, por tanto), ello no impide que podamos estar ante una condición general no negociada individualmente, y deberemos estar a cada caso concreto.

A modo de ejemplo, la sentencia de la Sala Segunda del TS de 27 de mayo de 2002 citada por la parte actora, señalaba:

"...de ahí que deban valorarse la naturaleza de los contrato de crédito sobre los que se proyecta la actuación profesional del acusado, de ordinario puros y simples contratos de adhesión al préstamo con las condiciones unilateralmente marcadas por la entidad prestamista, al que debe adherirse íntegramente el prestatario".

Análogamente, la sentencia del Tribunal supremo de 30 de noviembre de 2001 destacaba:

"... De un mínimo conocimiento de la realidad social, a la que esta Sala no puede ni debe permanecer ajena, (artículo 3.1 del CC), demuestra que en la práctica de los préstamos hipotecarios su concesión por los Bancos se condiciona a que los prestatarios concierten un seguro de vida o de amortización que refuerza notablemente la garantía"

En el mismo sentido, señalaba la Sentencia dictada por la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de febrero de 2006 : "una condición es precisamente general porque se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio, sin perjuicio de que haya casos en que a ciertos clientes y por sus propias cualidades y condiciones que interesen al banco, éste permita su matización o adaptación oportuna al caso".

También sigue este criterio la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de abril de 2000 que examina los tipos de interés, los contratos de adhesión y la posición desigual del consumidor, en aplicación de la LGDCYU.

Entre los órganos jurisdiccionales que han considerado que las cláusulas limitativas de los tipos de interés variable son verdaderas condiciones generales de la contratación, habiéndolas declarado nulas por abusivas, podemos mencionar las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 que señalaba que "estos pactos están sujetos a los deberes de información que exige el RDL 2/2003 y actual Ley 36/2003 de 11 de marzo de "Medidas de Reforma Económica", cuyo artículo 19 expresamente exige su constancia en la oferta vinculante previa". En este sentido, también las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cáceres , de 12 de enero de 2012 y de 18 de octubre de 2011 ; la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de león, de 11 de marzo de 2011 ; así como el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Malaga y el Mercantil núm. 7 de Barcelona . Aunque finalmente no declaró la nulidad de las cláusulas limitativas de los tipos de interés, la Snetencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 8 de septiembre de 2011 también partía de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de su posible revisión por los tribunales, aunque fueran elementos esenciales del contrato.

CUARTO.- Afirmada la existencia condición general de la contratación procede entrar en el examen de abusividad en el contenido de la misma.

Ciertamente hemos de comenzar señalando que la existencia de una cláusula limitativa de la variación del tipo de interés variable, per se no puede considerarse abusiva. En este sentido la posibilidad de incluir acotaciones a la variación de los tipos de interés se recogen en la OM DE 1994, referida anteriormente. En este sentido el Informe del banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios remitido al Senado y publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010, considera en primer término que las cláusulas de acotación a los tipos de interés integran el núcleo obligacional del contrato, por cuanto sirven para fijar el tipo de interés, siendo que el mismo se rige por el principio de libertad en la fijación del mismo, como resulta de la OM de 12 de diciembre de 1989. En segundo término el mismo informe hace una valoración jurídica de dichas cláusulas y la imposibilidad de que se pueda declarar su abusividad por impedirlo el arr 4.2 de la Directiva 93/13, valoraciones estas que como quedó dicho no concuerdan con la doctrina mantenida por la Sala I en las sentencias reseñadas. Ahora bien la admisibilidad en abstracto de estas cláusulas y los deberes de transparencia e información impuestos se entiende sin perjuicio del control que sobre las mismas se ha de practicar y la conclusión que se pudiera alcanza en torno a si resultan abusivas, por razón de su contenido. En este punto nos remitimos a la doctrina del Supremo ya citada reiteradamente.

Dicho lo anterior y conforme se señala en el mismo informe del Banco de España antes dicho en torno a las causas del uso de las acotaciones a la variación de los tipos. En las entrevistas con las entidades, se puso de manifiesto que la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipos 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, costes que según el mismo informe estaría integrado en dos grandes grupos el coste del dinero, que en el caso de nuestras entidades esta constituido mayoritariamente por recursos minoristas y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero. Puede admitirse que existe una necesidad de salvaguardar una debida correlación entre los tipos de intereses y con ello con una finalidad de proporcionar estabilidad a los resultados de la entidad y que con ello se favorezca la estabilidad financiera, elemento de interés público (expresión esta último utilizada por el informe del Banco de España en sus conclusiones pag 22). Sin embargo 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 bien 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.

A fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el artículo 82.3 de la LGDCU , en cuya virtud "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y es precisamente el presente marco

contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 18% en el que la recurrente ha fijado en el límite superior en el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa.

De hecho, una hipótesis de evolución alcista del Euribor más allá del 18% no puede sino considerarse ajena a la realidad, y ello por razón de la imposibilidad de absorción por el mercado, en la medida en que buena parte de los prestatarios, habitualmente endeudados por la adquisición de vivienda en una proporción irracional de sus ingresos, carecerían de capacidad económica para hacer frente a tales cuotas, y las entidades de crédito verían más que reducida su principal fuente de ingresos, centrada en la venta de productos financieros y en particular de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, y seriamente amenazada su cuenta de resultados.

En este caso, atendiendo a que el límite mínimo del tipo de interés se fija en $2,50\% + 0,40$ si el prestatario asume todas o la mayoría de las vinculaciones establecidas en el contrato y que el límite máximo se establece en un 18%, 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.

Y aún cuando podría alegarse que las anteriores consideraciones, que se erigen en ratio decidendi fundamental de la apreciación del carácter abusivo de la condición general denunciada, responden a un proceso deductivo unilateral carente de un soporte fáctico y técnico bastante como para llevar a la conclusión de la desproporción constatada, debe señalarse que las mismas cuentan con el respaldo del informe emitido por el Banco de España, antes referido, cuando expresa (página 21 del boletín) que "En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que en la mayoría de los casos no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos", para terminar concluyendo que "en definitiva, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la cartera, no tienen en general virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incremento de tipos de interés. De hecho, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo".

En conclusión, pues, se constata una falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja por la recurrente en el préstamo hipotecario suscrito a interés variable a que se refiere la resolución impugnada, en la medida en que pese a que la segunda se muestra potencial y realmente efectiva, pues al presente está liberando a la recurrente del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, sin embargo el prestatario no verá cubierto su riesgo de haber de afrontar una cuota muy superior en caso de producirse, como de hecho ya vaticina el Banco Central Europeo, una tendencia alcista en la evolución del Euribor, por lo que en definitiva, constatada tal falta de semejanza, debe la misma reputarse determinante de un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, y en todo caso de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que añadidas a la obvia mala fe que preside la actuación de la demandada y que resulta de la predisposición e imposición de un instrumento de cobertura de riesgo irreal, no cabe

sino calificar de abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, la condición general objeto de impugnación.

Conforme a todo lo expuesto y que es un resumen y compendio de las diversas sentencias de Juzgados de lo Mercantil que han resuelto sobre la nulidad de dichas cláusulas al considerarse como abusivas, debe entenderse en el caso de autos, que siendo la cláusulas de techo y suelo configuradas en el contrato de préstamo hipotecario ciertamente abusivas, que dicha conducta integra el tipo previsto en el art. 50.4 g) de la Ley 6/2003, al perjudicar los derechos del prestatario y consumidor.

QUINTO.- En lo que se refiere a la indebida calificación de la sanción como grave, la Resolución impugnada considera que la misma tiene la consideración de grave conforme a lo que dispone el art. 52.1 apartado b) de la Ley 6/2003 al ocasionar una lesión grave a los intereses económicos de las personas consumidoras y usuarias.

En la propuesta de resolución asumida tanto por la Resolución definitiva como la que resuelve el recurso de alzada, se razona y explica conveniente y acertadamente la razón de la gravedad de la infracción, y que esta juzgadora comparte plenamente y que deben expresamente recogerse por la razonada y certera motivación que en cuanto a la gravedad de la infracción contiene. Así la misma se basa en *la propia incertidumbre que existía en el momento de la firma del préstamo hipotecario, puesto que desconociendo cual sería la evolución del Euribor, entonces de tendencia alcista, la entidad imputada incluyó en el clausulado del préstamo las denominadas "cláusulas de techo y suelo" estableciendo un nivel de protección de sus intereses como prestamista muy superior al fijado en relación a los intereses del prestatario, provocando a este último una situación de desprotección sobre los posibles cambio es en los tipos a aplicar muy superior a la que debería sufrir la propia entidad bancaria. Así la desproporción se ha hecho efectiva económicamente de manera perjudicial para el prestatario durante las anualidades posteriores a las revisiones a palicar en septiembre de 2009 y 2010 respectivamente, en los que el Euribor se fijó en 1,261% y 1,420%; 24 mensualidades que suponen algo más de la mitad del total de las transcurridas desde la firma del préstamo, en concreto, un 54% porcentaje que puede aumentar, puesto que nada garantiza que la bajada de tipos producida a partir de octubre de 2008 no se convierta ahora en algo habitual y no excepcional ; situación de desprotección que se agrava puesto que la desproporción los límites de variación al alza (13,27%) y a la baja (2,248%) - se cubre el alza en un 10,879% más- implica que tampoco en caso de que el Euribor suba se protejan los intereses del prestatario. Sólo en el caso de que se hubiera establecido límites proporcionados se compensaría las pérdidas sufridas por la aplicación de uno de los límites con la aplicación del equivalente en sentido contrario.*

Así lo que supone un mecanismo de protección de los intereses de las dos partes contratantes, en realidad provoca una clara situación de desprotección de los intereses económicos del prestatario, por el momento difícil de cuantificar económicamente debido al largo periodo durante el que estará vigente el contrato, que desde esta instancia se considera grave, puesto que debido a la desproporción de los límites a la variación de los tipos, el prestatario podría verse obligado a pagar casi 11 puntos porcentuales más de intereses (10,879%) que en el caso de que se hubieran fijado límites proporcionados. Y porque, además se entiende que por mínimo que fuera el perjuicio económico, cualquier aumento en la cuota a pagar mensualmente por la hipoteca afecta de manera grave a la capacidad de pago de una economía familiar como el afectado. No en vano, se parte de la premisa de que el coste global de

la operación, del que no se puede desligar el perjuicio económico efectivo, supone ya una importante carga económica para cualquier economía familiar, afectando considerablemente a su capacidad de pago, por lo que cualquier incremento de dicha carga no viene sino a agravar el coste que esta operación supone para el prestatario, y al que debe hacer frente necesariamente para poder adquirir una vivienda.

Dichos razonamientos justifican la calificación de la infracción como grave y la sanción impuesta, debiendo en consecuencia desestimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEXTO.- Las costas se impondrán a la parte recurrente vencida en juicio, ex art. 139.1 de la LJCA en redacción dada por la Ley 37/2011.

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

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. en nombre y representación de CAJA RURAL DE NAVARRA frente a la la Orden de 28 de octubre de 2011 del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco que desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de la Directora de Consumo de 4 de julio de 2011 por la que se imponía a la recurrente ,Caja Rural de Navarra una sanción de 5000 euros por la comisión de un infracción grave tipificada en el art. 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre en relación con los artículos 10,10 bis y clausula adicional primera de la Ley 26/1984, General de Defensa delos Consumidores y Usuarios, además de acordar la publicación de la sanción impuesta por razones de ejemplaridad, declarando la misma ajustada a derecho, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.