|  |  |
| --- | --- |
| **Sentencia** | **Sentencia de 26 de julio de 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 28, Nº de Recurso: 161/2012, Nº de Resolución: 242/2013, Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA** |
| **Pronunciamiento** | Estima parcialmente los recursos de apelación planteados por la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha 8 de septiembre de 2011 (con las rectificaciones materiales acometidas por auto de fecha 22 de septiembre de 2011) y en consecuencia adicionamos a la letra "A" del fallo de la mencionada resolución judicial las siguientes condiciones generales que también quedarán afectadas por la declaración de nulidad que en ella se pronuncia:  1.- la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, condición general primera. 3.3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.;  2.- la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés, condición 3 bis 3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA); |
| **Análisis** | Demanda presentada el 29 de marzo de 2011 por la representación de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA)  La OCU demandante extendió su recurso a buen número de las cláusulas que el juzgador consideró no objetables de abusividad. En cuanto al préstamo hipotecario del Banco Popular el recurso afecta a la cláusula suelo y a la de apoderamiento a favor del banco. El Ministerio Público ha centrado su recurso en sostener la procedencia de que sea decretada la nulidad de las cláusulas de limitación al interés variable que ambas entidades bancarias demandadas incluyen en sus préstamos hipotecarios (cláusula suelo-techo en el caso del BBVA y cláusula suelo en el del Banco Popular Español). Sostiene que no cree que el consumidor esté perfectamente informado de las implicaciones financieras de dichas cláusulas y pone en duda que gocen de garantías de transparencia. Alega, además, que considera que sería procedente el control judicial de los elementos esenciales del contrato, que, en cualquier caso, no considera que las cláusulas suelo sean pactos esenciales, sino accesorios, y que no respetarían el principio de reciprocidad en perjuicio del consumidor.  LA SENTENCIA analiza el objeto de la acción colectiva. Entiende que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención). La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola (abstención de emplearla en lo sucesivo).  En relación con estas cláusulas, y con apoyo en la STS de 9 de mayo de 2013, considera como condición general de la contratación las cláusulas insertas en los contratos de préstamo hipotecario aportados a los autos y en concreto de las denominadas cláusulas suelo (de límites a la variación del tipo de interés variable). Considera asimismo la cláusula suelo como condición esencial del contrato.  El ámbito del control sobre las condiciones esenciales de los contratos , se remite a la del TS de 9 de mayo de 2013, inspirada en la Directiva 93/13 (en su considerando decimonoveno y en su artículo 4.2) y en lo que exponía en su precedente sentencia del TS de 18 de junio de 2012, sienta que, como regla general, no cabe realizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato. Pero establece, asimismo, a continuación, una importante precisión, al señalar que lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia. 1) las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles y 2) el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; éste debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.  La sentencia reitera las referencias para el control de transparencia que citó la Sentencia del Pleno del TS. Las citadas referencias no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo (o suelo/techo), como precisó el Tribunal Supremo en su auto de fecha 3 de Junio de 2013 , aclaratorio de la precedente sentencia de 9 de mayo de 2013 . Puede ser una combinación de ellos o de otros datos los que permitan extraer tal conclusión.  Siguiendo al TS realiza un ejercicio de control de transparencia de las cláusulas en cuestión. |
| **Critica/Contraste** | Acción colectiva sobre múltiples cláusulas de contratos bancarios diversos . En cuanto a las cláusulas suelo aplica la Sentencia del Pleno de 8 de mayo de 2013. |

|  |  |
| --- | --- |
| **Sentencia** | **Sentencia de 18 de septiembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 25, Nº de Recurso: 755/2012, Nº de Resolución: 370/2013, Ponente: ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO** |
| **Pronunciamiento** | Desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil «CAJA DE AHORROS DE LA INMACULADA DE ARAGÓN» contra la sentencia dictada, en fecha diecisiete de abril de dos mil doce, por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Torrejón de Ardoz , Juicio Verbal ante dicho Juzgado bajo el número de registro 559/2011 que declaró abusiva una clausula suelo en el préstamo hipotecario en el que se subrogó el actor. |
| **Análisis** | Se discute la existencia, validez y eficacia de la pretendida "**cláusula suelo**" contractual aplicada por la entidad bancaria demandada en las liquidaciones mensuales efectuadas en el periodo comprendido entre julio de 2009 y junio de 2010, a un consumidor que se subrogó en la hipoteca de la constructora y propietaria anterior de un inmueble.  El tribunal señala que la inclusión de dicha **cláusula** dentro del contenido obligacional asumido por el subrogado y consumidor, no aparece dotada de la claridad y transparencia legalmente exigibles, como, por otra parte, ya fue puesto de manifiesto por el Banco de España, en el informe que emitió en su día su servicio de reclamaciones,( ya que no se hace referencia a ningún tope de tipo interés, ni mínimo, ni máximo, al fijar el tipo de interés de aplicación tras la aceptación de la subrogación por los adquirentes; pues tal referencia se incluye con bastante posterioridad, tras la exposición de las "Tasas de Bonificación y Bonificación máxima para adquirentes/adjudicatarios de garajes, trasteros y/o viviendas terminadas" y de las "Condiciones para la aplicación y pérdida de las Tasas de Bonificación" y antes de la referencia al "Instrumento de cobertura de tipo de interés para los subrogados", sin una especial y adecuada separación y sin destacarse, en absoluto, mediante indicación expresa o título alguno remarcado tipográficamente en "negrita" -como se venía realizando durante toda la redacción de la **cláusula** financiera relativa al INTERÉS-, que permitiera su adecuada apreciación, constatación y conocimiento por parte del consumidor.  Además, indica que “dicha **cláusula** tampoco aparece expresamente aceptada por el consumidor actor, pues, por un lado, ni siquiera aparece mencionada en las correspondientes escrituras de compraventa con subrogación en el préstamo **hipotecario** y, por otro lado, la referencia que al efecto se incluye en las oportunas solicitudes de subrogación resulta totalmente confusa al incluir también dichos documentos el ofrecimiento de un instrumento de cobertura del riesgo de incremento de tipo de interés, en el que se incluyen tipos máximos y mínimos semejantes e, incluso, más gravosos para el propio consumidor, evidenciando su total inutilidad, lo que racional y razonablemente puede inducir a una identificación de ambos conceptos y a su rechazo conjunto. No debiendo olvidarse, en este punto, que es un hecho no controvertido el rechazo del actor a la suscripción de aquel instrumento de cobertura ofrecido por la prestamista demandada.  Por otra parte, el concreto contenido de la **cláusula** en cuestión evidencia el indudable perjuicio que la estipulación puede originar al consumidor, al privarle de las bajadas del índice de referencia –EURIBOR por debajo del 2,5 % -en marzo de 2013 fue fijado en 0,545 %-, y el claro desequilibrio que, en su perjuicio, también le puede originar la estipulación, dado el elevado tipo máximo previsto para el mencionado índice de referencia -8,50 %-, muy lejano de alcanzar, incluso con las previsiones más pesimistas.  Sobre la base de estas circunstancias el Tribunal afirma el carácter abusivo de la **cláusula** suelo, de conformidad con lo prevenido por el artículo 82 TRLGCU. El carácter abusivo de la **cláusula** contractual controvertido determina, la nulidad de pleno derecho de la misma, e inexorablemente que habrá de tenerse por no puesta y, por ende, su inaplicabilidad por la entidad bancaria prestamista. |
| **Crítica/Contraste** | Juicio de abusividad sobre art. 82. |

|  |  |
| --- | --- |
| **Sentencia** | **Sentencia de 12 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil no 12. AC\2014\934** |
| **Pronunciamiento** | La Sentencia estima parcialmente la demanda interpuesta en nombre y representación de 54 personas cuyas acciones se acumularon. |
| **Análisis** | Se insta demanda de Juicio Ordinario de acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A..  No obstante, en vista de la Sentencia del AP de Madrid de 23 de julio de 2013, la cuestión litigiosa en ese caso se constriñe a si el pronunciamiento de nulidad solicitado en la demanda implica, además del pronunciamiento declarativo de la misma, los efectos restitutorios propios del artículo 1303 Código Civil .  A favor de la restitución de cantidades se han algunas Audiencias Provinciales- Álava, Cuenca-. En contra, se han pronunciado al menos, el JM 9 de Barcelona, el JM 2 de Madrid, JM 1 Murcia, la AP de Cáceres, AP de Alicante y AP Madrid (sección 28ª). En su mayoría, han sido alegadas, cuando no reproducidas, por las partes en sus escritos alegatorios finales, por lo que la reseña más amplia de las mismas o la cita de sus fechas parece ociosa.  Se remite a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.° 3 de Pontevedra, de 17 de diciembre de 2013 para concluir en la aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno del TS de 8 de mayo de 2013, por los siguientes motivos:  1-Firmeza del pronunciamiento del TS.  2- La resolución del TS es jurisprudencia.  3- En la interpretación de dicha sentencia, no puede tomarse la parte por el todo, ni los supuestos ejemplificativos como motivos autónomos de aplicación *ad casum*. Es un pronunciamiento recurrente de las sentencias que se apartan de la doctrina jurisprudencial el manifestar que una reclamación de cuantía Ínfima no altera el orden público económico; a mi juicio, dichas resoluciones están obviando que esa eventual alteración es sólo uno de los elementos que tiene en cuenta Tribunal Supremo para tomar su decisión, afectante a todos los pagos realizados en virtud de las cláusulas afectadas por la sentencia, pero en ningún modo autoriza a los tribunales de instancia a valorar si, en cada acción individual, alguno o algunos de los tenidos en cuenta son concurrentes para poder alterar el resultado del mismo. En todo caso, el argumento utilizado es fácilmente reversible, pues si se incentiva la restitución de cantidades en todos los contratos de préstamo con cláusulas suelo realizados antes del 9 de mayo de 2013, la suma de todos esos procesos obviamente si repercutirá en el orden público económico."  En consecuencia, de lo expuesto se desprende que la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejercite, individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, partiendo de la existencia de relaciones establecidas de buena fe, y de la necesidad de evitar el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico. |
| Critica/Contraste | **Acumulación de acciones individuales**:  Es relevante en este caso señalar el ejercicio de acciones individuales de nulidad acumuladas (54 demandantes).  La Sentencia se apoya en la Sentencia del Pleno del TS (y en la Sentencia de la AP de Madrid de 23 de julio de 2013 (Ver encima) para establecer la nulidad de las cláusulas suelo, sin aplicar retroactividad de efectos en virtud del art. 1303 del CC. Conforme al citada sentencia del TS. Y en contraposición a las Sentencias de las AP de Jaen. |