|  |  |
| --- | --- |
| **Sentencia** | **De 5 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de León, Sección: 1, Nº de Recurso: 69/2014, Nº de Resolución: 102/2014: Ponente: RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ** |
| **Pronunciamiento** | estima EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2013 revocando únicamente para añadir que la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la cláusula declarada nula no afectará a los pagos ya efectuados el día 9 de mayo de 2013 (fecha de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo reiteradamente citada en los fundamentos de derecho de esta resolución, que coincide con la fecha de su publicación). |
| **Análisis** | La Sentencia de apelación resuelve el recurso de la entidad Bancaria contra la sentencia de 1º Instancia que declaró nula la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes en fecha 3 de febrero de 2011 y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de aquella, y al pago de las costas procesales.  El recurso de apelación se articula en torno a dos motivos básicos:  1.- Error en la valoración de la prueba. En la sentencia recurrida se afirma: " *el actor no tuvo conocimiento de su inclusión, si lo llego a tener, hasta la firma de la escritura, y en todo caso careció de la información precisa para poder valorar el alcance del riesgo asumido por ella* " (final del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida). Y por la recurrente se afirma: "En el presente caso entendemos que ha quedado acreditado que el actor recibió cumplida información del producto que conocía la trascendencia de la inclusión de esta cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés" (final de la alegación segunda del recurso de apelación).  2.- Control de abusividad de la cláusula y requisitos para declararla nula. La sentencia recurrida califica la cláusula suelo como condición general de la contratación y, al realizar, un control de contenido aprecia una falta de transparencia de la que se deriva la calificación de abusividad y su ulterior declaración de nulidad.  Por su parte, el recurrente considera que la cláusula suelo no es condición general de la contratación, niega que se incluyera sin falta de transparencia y se opone a su declaración de nulidad; subsidiariamente afirma que, caso de declaración de nulidad de la cláusula, no se deriven consecuencias retroactivas.  La sentencia se remite a la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 que ha establecido doctrina en relación con la abusividad de las cláusulas suelo. Y entiende que esta doctrina ha sido aplicada en la sentencia recurrida sin que el recurso de apelación ofrezca fundamento alguno del que se revele error o incorrecta interpretación.  Analiza los siguientes aspectos:  1.- Calificación de la cláusula suelo como condición general de los contratos. Carga de la prueba del carácter predispuesto de la cláusula.  La demandada no ha acreditado una negociación individual de la cláusula suelo. La sentencia entiende que En el caso que nos ocupa la contratación responde a un clausulado predispuesto por la entidad financiera, sin que exista prueba alguna de negociación individualizada de la cláusula, sin que por la entidad bancaria se ofrezca información sobre qué concretos actos de negociación se efectuaron en relación con la cláusula suelo, y ni siquiera aporta algún tipo de certificación o testifical de persona experta que pueda dar cuenta acerca de la contratación de la entidad bancaria que permita saber si en los préstamos hipotecarios a particulares suscritos en fechas próximas inmediatas al que nos ocupa existían variaciones sensibles y relevantes en relación con las cláusulas limitadoras de la alteración del interés variable. Si es el propio banco el que emplea un condicionado general puede comprobar, por examen interno, si la cláusula suelo contenida en el préstamo que nos ocupa se imponía de manera generalizada al contratar préstamos hipotecarios con particulares o si, por el contrario, se trata de una cláusula particular del caso concreto (criterio de facilidad y disponibilidad referido a la carga de la prueba establecido en el artículo 217.7 LEC ).  2.- Aplicación del control de transparencia a cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.  3.- Criterios jurisprudenciales para analizar el carácter abusivo de la cláusula suelo a partir del control de transparencia.  Realiza un Control de transparencia aplicado al caso concreto, haciendo suya la valoración de la prueba del tribunal de instancia, indicando que :  1.- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.  2.- Inserción conjunta de la cláusula suelo con la cláusula techo como aparente contraprestación o reequilibrio de las mismas.  3.- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.  4,- No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.  5.- La cláusula suelo se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.  Sobre la retroactividad:  Entiende la AP que en el presente caso concurren las mismas circunstancias que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 del TS  Aunque la última de ellas se pudiera vincular a la particularidad de la acción colectiva que dio lugar al proceso en el que se dictó la precitada sentencia, lo cierto es que si partimos de calificar la cláusula suelo como condición general es porque se trata  de una cláusula predispuesta, y aunque no necesariamente suponga una generalización en el empleo de tal cláusula, no podemos sino presumir que así haya sido, por lo que la declaración de nulidad de la cláusula suelo del contrato que nos ocupa puede afectar a otras acción que pudieran deducirse contra la demandada por razón de dicha cláusula, ya que, dejando de lado algunos casos particulares, de esta sentencia se podría derivar un efecto expansivo o indirecto de cosa juzgada, al que se refiere la sentencia 885/2010 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 30 de diciembre de 2010.  Por todo ello, sigue el criterio establecido en la sentencia del Tribunal Supremo por lógico respeto a la Jurisprudencia, pero, incluso entendiendo que sólo la crea para un supuesto de acción colectiva, también consideramos procedente seguirlo porque concurren los mismos supuestos en los que aquella se funda para restringir el efecto rectroactivo de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula. |
| **Crítica-contraste** | La particularidad de esta sentencia radica en la interpretación de integración que realiza en cuanto a la concurrencia de las circunstancias indicadas por el TS en su sentencia de 9 de mayo por el **efecto expansivo**  **o indirecto de cosa juzgada** que podría tener una declaración de retroactividad total de los efectos también en el caso de demandas individuales.  En este sentido, se alinea con el Grupo de sentencias que recogen la jurisprudencia del TS y optan por rechazar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad (y acuerdan la irretroactividad acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citarse entre éstas, las de SAP Cáceres 24-02-2014 , SAP Burgos de 28-01-2014 , SAP Badajoz de 14 de enero de 2014 , SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014 , SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013 , SAP Granada de 18 de octubre de 2013 , SAP Madrid de 28 de julio de 2013 , SAP Cádiz de 17 de mayo de 2013) frente a la otra vertiente jurisprudencial que aboga por mantener los efectos retroactivos absolutos como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo ( SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 SAP Barcelona 16-12-2013 , Voto particular de la SAP Alicante de 12 de julio de 2013 , SAP Álava 9 de julio de 2013, SAPJAEN *de 27-*03-2014 y SAP JAEN de 25-06-2014).  Resulta no obstante contradictorio que la aplicación de la retroactividad se refiera a la fecha de la Sentencia del TS (9 de mayo de 2013) y no a la fecha de interposición de demanda en el caso concreto de autos. |

|  |  |
| --- | --- |
| **Sentencia** | **De 6 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de León, Sección: 1. Nº de Recurso: 121/2014, Nº de Resolución: 72/2014; Ponente: ANA DEL SER LOPEZ** |
| **Pronunciamiento** | DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Plácido , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia Nº 8 de León, de fecha 12 de Febrero de 2014 , en los autos de Juicio Ordinario nº. 228/13, que estimó PARCIALMENTE la demanda presentada del particular contra CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD declarando la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés recogida en la escritura de 24 de mayo de 2005 |
| **Análisis** | En este caso se interpone una acción individual de nulidad de la estipulación del contrato de préstamo hipotecario que fija un límite a las revisiones del tipo de interés (cláusula suelo) y se solicita la condena a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula. La sentencia recurrida estima en parte la demanda presentada declarando la nulidad de la cláusula suelo pero desestima la pretensión de devolución de las cantidades cobradas en virtud de la misma, sin hacer imposición de las costas causadas.  El recurso de apelación tiene como motivo sustantivo único que debe de aplicarse la nulidad de la cláusula suelo con "efecto retroactivo" en cuanto a las cantidades liquidadas y no limitar la nulidad a las cantidades pendientes de pago, argumentando que es de preferente aplicación el art. 1303 CCv.  Se trata del primer pronunciamiento en la materia por esta AP por lo que se indica en la línea desarrollada por la Sentencia recurrida (irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad) se ha pronunciado previamente la SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 2014 que cita las resoluciones coincidentes de otros órganos provinciales, como la SAP de Córdoba, sec. 3ª, S 31-10-2013 ; SAP de Cáceres, sec. 1ª, S 8-11-2013 ; SAP Cádiz, Sección 5ª de 13-05-2013 , AAP Burgos, sección 2ª, de 28 enero 2014; SAP de Badajoz, sección 3ª, del 14 de enero de 2014 , o la SAP de Zaragoza, sección 5ª, de 08 de enero de 2014 , entre otras. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid, sección 28, de 23 de julio de 2013 .  Se remite asimismo al criterio recogido en la STS de 9 de mayo de 2013 resuelve que el efecto de la nulidad contractual  relativo a la restitución de prestaciones está previsto con carácter general para las nulidades contractuales en el art. 1303 del Código Civil , pero que tal efecto no es de aplicación automática, sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias, entre las que destaca el principio constitucional de la seguridad jurídica, tanto más en supuestos como el resuelto por su sentencia, en los que se afirma estar en juego el interés económico general (Véase párrafo 292 STS 9-5-2013).  Recoge argumentos de posteriores sentencias de Audiencias para mantener el criterio del TS; así:  Según la AP de Pontevedra de 13 de febrero de 2014, se encuentra la falta de argumento válido para sostener que los consumidores afectados por la sentencia del TS no puedan reclamar las cantidades abonadas con anterioridad en aplicación de la cláusula suelo y sí puedan hacerlo el resto de los que litiguen en procesos posteriores.  No cabe fragmentar la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , de manera que se utiliza para la calificación de abusividad de la cláusula suelo, pero se ignora o incluso podría contradecirse abiertamente para la irretroactividad de sus efectos; 2) No corresponde a los tribunales de instancia corregir la jurisprudencia que establece el Tribunal Supremo, sino que habrá de ser éste, a través de la resolución de los oportunos recursos extraordinarios, quien mantenga, modifique o rectifique su criterio (Entre las resoluciones que mantienen un criterio contrario se encuentran las SAP de Murcia de 13 de marzo de 2014 , SAP de Alicante de 23 de Julio de 2013 que modifica el criterio anterior que ya contaba con un voto particular, SAP de Barcelona (Secc 15) de 16 de diciembre de 2013 , SAP de Asturias de 28 de marzo de 2014 , SAP de Jaén de 27 de marzo de 2014 , SAP de Albacete de 17 de marzo de 2014 , entre otras.)  Entiende que resulta fundamental al tomar la decisión considerar que la STS de 9 de mayo de 2013 es una sentencia de Pleno que vincula a los órganos jurisdiccionales en la forma en que la jurisprudencia es fuente del Derecho. En el presente caso entiende que aunque no podamos aplicar el efecto vinculante directo de la cosa juzgada formal por las características del supuesto analizado, acción colectiva-individual, diferente entidad financiera afectada por la declaración y necesidad de valoración de la forma de comercialización del préstamo hipotecario en relación con las exigencias de transparencia, si entendemos que los efectos de la Sentencia del TS deben extenderse en este caso y nos vinculan en todo su contenido, no únicamente en los  apartados en que resultan beneficiosos para el consumidor, porque aún cuando la redacción de la cláusula en este caso no sea idéntica formalmente, si puede predicarse la coincidencia en cuanto al fondo. |
| **Crítica-contraste** | La Sentencia analiza únicamente el aspecto de la retroactividad para rechazarla en línea con la sentencia del TS. En su decisión afirma que ésta está directamente relacionada con el efecto de la cosa juzgado aunque posteriormente reconoce que la clausula abusiva del caso está redactada incluso en términos más perniciosos para el consumidor que la de la Sentencia del TS del 9-5-2014 y que la reclamación se inserta en una reclamación individual y no colectiva . Por ello debe descartar “*el efecto vinculante directo de la cosa juzgada formal por las características del supuesto analizado, acción colectiva-individual, diferente entidad financiera afectada por la declaración y necesidad de valoración de la forma de comercialización del préstamo* ***hipotecario*** *en relación con las exigencias de transparencia*“ aunque extiende los efectos de la Sentencia del TS al caso entendiéndose vinculada “*en todo su contenido, no únicamente en los apartados en que resultan beneficiosos para el consumidor, porque aún cuando la redacción de la* ***cláusula*** *en este caso no sea idéntica formalmente, si puede predicarse la coincidencia en cuanto al fondo*”. |

PALENCIA

|  |  |
| --- | --- |
| **Sentencia** | **Sentencia de 5 de marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de: Palencia; Sección: 1; Nº de Recurso: 24/2014; Nº de Resolución: 36/2014; Ponente: JOSE ALBERTO MADERUELO GARCIA** |
| **Pronunciamiento** | DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Caja De España De Inversiones, Salamanca y Soria SA, de, contra la sentencia dictada el día 28 de Noviembre de 2013, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Palencia que declaró la nulidad de la CLAÚSULA TERCERA BIS de la escritura Pública de Préstamo Hipotecario donde se señala " En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al (12,50%) ni inferior al tres como cincuenta por ciento ( 3,50% ) , anulando la cuantía señalada como cláusula suelo del 3,5%, con fecha de  efectos desde la publicación de la sentencia; todo ello con expresa condena en costas a la entidad BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA , S.A.." |
| **Análisis** | El Banco Caja De España De Inversiones, en su apelación contra la sentencia alega : 1º) incongruencia extra petitum , por haber estimado la demanda en base a algo que nadie pidió, como es la falta de transparencia de dicha cláusula Tercera Bis,  y ; 2º) error en la apreciación de las pruebas en cuanto citada cláusula es transparente, motivo que desarrolla en tres apartados. Finalmente solicita que no se le impongan las costas de la primera instancia alegando al efecto dudas de hecho y de derecho que la cuestión podía suscitar y que le legitimaba para defender sus intereses en vía judicial.  En la valoración de la prueba entiende la AP que esta cláusula por no ser transparente es declarada parcialmente nula por el juez de primera instancia y añade que por abusiva para la AP.  Según la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, son consumidores o usuarios las personas físicas que adquieran, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Es notorio que el actor como contratante de un préstamo hipotecario que grava su vivienda, ha de gozar de todos los derechos reconocidos por la norma a los consumidores o usuarios.  Llegado este punto es preciso traer a colación varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de dónde se infiere que el consumidor está en *situación de inferioridad* en relación con el profesional , dado que su capacidad de negociación y de información es limitada pues si quiere suscribir un contrato, debe adherirse a las condiciones redactadas unilateralmente por el profesional, en este caso por el banco, y todo ello sin poder negociar ni influir en contenido ( SSTS de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29 , 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, entre otras).  Sobre si ha de considerarse o no abusiva la referida cláusula Tercera bis, refiere la legislación nacional y europea sobre la materia; art. 82.1 del RDL 1/2007, art. 8 de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación; Directiva 93/13; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013; SSTJUE de 26 de abril de 2012, INVITEL apartado 34 ; 14 de junio de 2012 , BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, apartado 40; 21 de febrero de 2013. Véanse igualmente las SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013. Como señala la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , si bien las cláusulas suelo en principio son lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la  cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos, en el caso que examinamos, la entidad prestamista no ha demostrado que el consumidor prestatario estuviera informado del comportamiento previsible del índice de referencia a corto plazo, ni de que las variaciones a la baja del tipo de referencia no les iba a beneficiar, ni consta que se les proporcionase una información suficiente que le permitiera identificar sin la más mínima duda que esa cláusula constituía un elemento definitorio del elemento principal del contrato, cláusula de redacción compleja que dificulta al prestatario la comprensión sobre las consecuencias para él perjudiciales de la cláusula suelo. |
| **Crítica-contraste** |  |