



Roj: **SAP B 6454/2016 - ECLI:ES:APB:2016:6454**

Id Cendoj: **08019370152016100175**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/09/2016**

Nº de Recurso: **309/2015**

Nº de Resolución: **192/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 309/2015-2ª

Juicio Ordinario núm. 507/2014

Juzgado Mercantil núm. 2 Barcelona

**SENTENCIA núm. 192/2016**

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a nueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Parte apelante: Banco Popular Español SA

- Letrado/a: Felipe Cabredo Magriñá

- Procurador: Carlos Montero Reiter

Parte apelada: Nuria , Dionisio y Fructuoso .

- Letrado/a: Manuel Pérez Peña

- Procurador: Irene Sola Solé

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 29 de enero de 2015

- Parte demandante: Nuria , Dionisio y Fructuoso

- Parte demandada: Banco Popular Español

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «*Estimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Dionisio , Nuria y D. Fructuoso contra la entidad BANCO POPULAR S.A. y declaro:*

La nulidad radical de la condición general de la contratación incluida en la escritura de préstamo de 11 de enero de 2008, otorgada ante la Notario Dña. Rocío Maestre Cavanna, y que tiene el siguiente contenido: "LIMITE A LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS: Las partes acuerdan que, a efectos obligaciones, el tipo resultante



de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,800 % nominal anual".

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 9 de junio de 2016.

Ponente: magistrado LUIS RODRÍGUEZ VEGA.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La parte demandante solicita la nulidad de la "cláusula suelo/techo" incorporada a la escritura pública de préstamo hipotecario suscrita ante notario el día 11 de enero de 2008. La estipulación tercera bis (tipo de interés variable), apartado 4º), bajo el epígrafe "límites de variabilidad del tipo interés" dice lo siguiente: " las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3'80% nominal anual".

2. La parte actora, conforme a lo dispuesto en los artículos 82 , 83 y 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , en relación con los artículos 7 a 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , solicitó se declarara la nulidad de la cláusula por abusiva, así como la restitución de las cantidades abonadas en cumplimiento de esa cláusula. En concreto alegó que la cláusula no fue negociada individualmente, sino impuesta, y que no se había respetado el deber de transparencia exigido por el Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo .

3. La demandada opuso al contestar a la demanda las excepciones de prejudicialidad civil y litispendencia con fundamento en la existencia de un proceso previo instado por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) en el que se ha instado la nulidad de esa misma estipulación que incluye en sus contratos de préstamo, proceso del que está conociendo el Juzgado Mercantil núm. 11 de Madrid.

4. El juzgado mercantil desestimó dichas excepciones, en las que insiste la recurrente en su recurso de apelación.

5. Este tribunal ha venido entendiendo en distintas resoluciones que nuestro Derecho positivo establece reglas de coordinación entre la acción colectiva y las individuales, de acuerdo con las cuales estas segundas deben quedar condicionadas y subordinadas a la suerte de la primera cuando las segundas se encuentran dentro del grupo o clase afectada. Así lo deducimos del art. 222.3 LEC , cuando establece el efecto de cosa juzgada de la sentencia recaída sobre la acción colectiva respecto de las acciones individuales; del art. 221 LEC , cuando regula el contenido de la sentencia sobre la acción colectiva y contempla la posibilidad de su extensión a los diversos miembros de la clase afectados; o del art. 519 LEC , cuando prevé la posibilidad de que otros afectados incluidos en la clase puedan beneficiarse del pronunciamiento beneficioso acudiendo a un simple incidente de la ejecución. Los posibles conflictos entre la acción colectiva y las individuales deben resolverse a través de otras normas dispersas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el artículo 11 , sobre legitimación activa, el artículo 15, que permite a los perjudicados participar en los procesos promovidos por asociaciones constituidas para la protección de los derechos e intereses de los **consumidores** y usuarios o por los grupos de afectados, o por los preceptos que regulan la acumulación de acciones (artículos 76, 77 y 78).

6. La Sentencia de 14 de abril de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona , nos obliga a reconsiderar nuestra posición anterior. Dicha Sentencia concluye que «(e)l artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un **consumidor**, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de **consumidores** de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del **consumidor** que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese **consumidor** pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».



7. Para valorar el alcance de la Sentencia hemos de atender a las razones que, según el Tribunal Europeo, justifican el signo de su decisión, de manera que podamos realizar una interpretación conforme de nuestro ordenamiento con el europeo, pues no podemos ignorar que la Sentencia ha recaído en el ámbito de la interpretación de una Directiva ya traspuesta. Reproducimos a continuación sus pasajes más relevantes:

«30 Por tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los **consumidores**, tal como está prevista en la Directiva 93/13. (...)

32 En este contexto es preciso, no obstante, señalar que, a falta de armonización de los medios procesales que regulan las relaciones entre las acciones colectivas y las acciones individuales previstas por la Directiva 93/13, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales reglas, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los **consumidores** (principio de efectividad) (véase, por analogía, la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de **Consumidores** Independientes de Castilla y León, C-413/12 , EU:C:2013:800 , apartado 30 y jurisprudencia citada). (...)

34 Por lo que respecta, por otra parte, al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus particularidades ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la seguridad jurídica y la fuerza de las resoluciones judiciales (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C-8/14 , EU:C:2015:731 , apartado 26 y jurisprudencia citada).

35 En este asunto, debe constatarse que, tal como se desprende de la interpretación del órgano jurisdiccional remitente, en circunstancias como las que concurren en este caso, ese órgano jurisdiccional está obligado, en virtud del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a suspender la acción individual de la que conoce hasta que se resuelva mediante sentencia firme la acción colectiva cuya solución pueda aplicarse respecto de la acción individual y, de ese modo, el **consumidor** no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13 desvinculándose de dicha acción colectiva».

8. Y más adelante continúa exponiendo lo siguiente para justificar por qué razón se puede producir violación del principio de efectividad:

«36 Pues bien, tal situación puede redundar en perjuicio de la efectividad de la protección prevista por esta Directiva a la luz de las diferencias en cuanto al objeto y la naturaleza de los mecanismos de protección de los **consumidores** que se materializan en esas acciones.

37 En efecto, por una parte, el **consumidor** queda obligatoriamente vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma, y la obligación que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al juez nacional impide a éste realizar un análisis propio de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce. En particular, no serán determinantes a efectos de la resolución del litigio individual ni la cuestión de la negociación individual de la cláusula respecto de la que se alega el carácter abusivo, ni la naturaleza de los bienes o de los servicios objeto del contrato en cuestión.

38 Por otra parte, el **consumidor** está sometido, en virtud del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tal como lo interpreta el órgano jurisdiccional remitente, al plazo de adopción de una resolución judicial referida a la acción colectiva, sin que el juez nacional pueda apreciar desde este punto de vista la pertinencia de la suspensión de la acción individual hasta que exista sentencia firme en relación con la acción colectiva.

39 Así pues, esa regla nacional resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 ».

9. Más allá del alcance de la Sentencia sobre el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que regula la suspensión del proceso por prejudicialidad civil, que no es automática, sino potestativa para el Juez y que está supeditada a que la insten las partes, es evidente que el Tribunal Europeo cuestiona la posibilidad de que la acción individual pueda verse entorpecida por la acción colectiva en el caso de que el afectado hubiera decidido



no participar en la misma. Como es bien conocido, desde la perspectiva de la afectación del **consumidor** individual por el ejercicio de una acción colectiva, existen dos grandes sistemas: (i) de una parte, los de inclusión, en los cuales el grupo de afectados está integrado por la decisión individual de cada **consumidor** de integrarse en el mismo (opt in); (ii) los de exclusión, que parten del presupuesto de que el grupo está integrado por toda la clase de los afectados, esto es, por todos los que se encuentran en la misma situación descrita en la acción colectiva y que confieren la posibilidad a los **consumidores** de poder autoexcluirse de la clase (opt out). Nuestro sistema responde, en esencia, según estima muy mayoritariamente la doctrina, al segundo de estos sistemas, si bien con la particularidad de que nuestro legislador no ha regulado la posibilidad de opt out.

Aunque no podemos precisar con claridad cuál es la consecuencia de la resolución del Tribunal Europeo sobre nuestro sistema jurídico de acciones colectivas, cabría entender que en nuestro ordenamiento interno el sistema sigue siendo el de exclusión, si bien, al no regular con claridad la forma en que ha de materializarse la opción de desvincularse, habrá que concluir que el simple ejercicio de la acción individual implica el ejercicio del derecho de opción, con la lógica consecuencia de que la cosa juzgada de la sentencia dictada en el marco de una acción colectiva no alcanza a las acciones individuales previamente ejercitadas, ni para perjudicarlas ni para favorecerlas. La cosa juzgada sí afectaría, por el contrario, a quienes no hubieran promovido la acción individual.

Sin embargo, somos conscientes que esa interpretación no es la única procedente, ya que el Tribunal Supremo en sus más recientes sentencias ( STS 139/2015, de 25 de marzo y STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 -ROJ: STS 5618/2015-) ha venido sosteniendo la existencia de cosa juzgada y no cabe excluir la posibilidad de que lo siga haciendo. No obstante, se trata de pronunciamientos anteriores a la Sentencia del Tribunal Europeo y habrá que esperar cuál sea su toma de postura sobre esta cuestión, que aceptaremos, como no podría ser de otra forma.

10. En cualquier caso, se siga una u otra interpretación de las normas de nuestro Ordenamiento interno, la Sentencia del TJUE impone una lectura de los mecanismos de coordinación entre la acción colectiva y las acciones individuales en el sentido de que la primera (la colectiva) no puede obstar el ejercicio de la segunda (la individual), aunque los particulares titulares de esta última se encuentren en principio dentro del círculo de afectados por aquella acción. La vinculación obligatoria del **consumidor** al resultado de la acción colectiva, según el TJUE, incluso cuando decide no participar en la misma, no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas, en contra de lo dispuesto en el artículo 7.1º, de la Directiva 93/2013). De esa decisión -que afecta tanto a los supuestos de suspensión por prejudicialidad civil como de litispendencia- deriva la necesidad de confirmar la resolución impugnada.

11. En cuanto al fondo de la cuestión, la demandada, por su parte, se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que cumplió con los requisitos de transparencia e información.

12. La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda al entender que la entidad demandada no proporcionó a los prestatarios información suficiente sobre la eficacia y alcance de la cláusula suelo impugnada. La parte demandada recurre en apelación la sentencia al entender que el juez de primera instancia ha valorado erróneamente la prueba aportada. Por su parte la parte actora solicita la desestimación del recurso íntegra confirmación de la sentencia.

13. El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) establece que:

<<1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos>>.

14. El actual art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios (TRLGDUC), como previamente había hecho el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, establece que:

<<Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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>>.

Añadiendo el art. 83 TRLGDUC que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas", en coherencia con lo dispuesto en el art. 8.1 LCGC.



15. La Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, en su fundamento jurídico 138, ha afirmado que:

"La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) **Contractualidad**: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) **Predisposición**: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) **Imposición**: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) **Generalidad**: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

En relación con la cláusula impugnada en la demanda, de los cuatro requisitos enumerados, el único que el demandado niega que concurra es el de la "imposición" de dichas cláusulas, ya que mantiene que la cláusula en debate ha sido negociada individualmente con el cliente.

16. Sobre este requisito de la "imposición" la mencionada sentencia 241/2013 del Alto Tribunal concluye en su fundamento 165 lo siguiente:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el **consumidor** no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los **consumidores**, recae sobre el empresario.

17. En el presente caso, no hay dato alguno que permita inferir que la cláusula fue negociada individualmente, tal y como sostiene el demandado, una cosa es que los prestatarios fuera informados de dicha cláusula, cosa que luego examinaremos, y otra que fuese objeto especial de negociación lo que supone que el prestatario tendría alguna posibilidad real de excluir dicha cláusula, en las condiciones arriba señaladas.

18. En esta misma sentencia el Tribunal Supremo, en su fundamento jurídico 256, dice expresamente que "**Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos**". Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio".

19. Resumidamente podemos decir que la validez o nulidad de cláusula dependerá de la información que la entidad financiera haya proporcionado al prestatario, antes de celebrar el contrato, sobre los efectos de dicha cláusula si los índices de referencia bajan del mínimo pactado. Si la entidad ha informado de forma comprensible al cliente que el préstamo que va a suscribir tiene un interés mínimo fijo, cualquiera que sea la bajada del índice de referencia, la cláusula será válida.

20. En el presente caso, en primer lugar, no consta que se hiciera entrega a los prestatarios de los términos de la oferta antes de suscribir la escritura. Pero aún en la hipótesis rechazada de que se hubieran entregado, lo cierto es que no se ha aportado copia de la misma, para poder valorar el contenido de la información proporcionada. En segundo lugar, la cláusula, aunque de términos claros, se incluye después de una prolija información sobre





los tipos de intereses aplicable. En tercer lugar, no se ha aportado información documental alguna sobre dicha cláusula y sus efectos. En cuarto lugar, es absolutamente insuficiente la declaración testifical, ya que, primero, se refiere a una escritura de hace casi seis años; segundo, el testigo es un empleado de la entidad demandada; y tercero, su declaración ha de atribuirse el mismo valor que a la del cliente que niega haber recibido información alguna.

21. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas al apelante debido a las dudas jurídicas que la cuestión plantea.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español SA contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 29 de enero de 2015 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, sin imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** - La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.