

## REUNIÓN DE LAS MAGISTRADAS DE LAS SECCIONES CIVILES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

En Bilbao, a 7 de enero de 2019, siendo las diez horas, con la presencia de la Presidenta de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Dª Reyes Castresana García, y la de las Presidentas de la Sección 3ª, Concepción Marco Cacho, y 5ª, María Elisabeth Huerta Sánchez, tiene lugar un pleno de quienes integran las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Bizkaia, con el fin de unificar criterios de cara al programa de refuerzo aprobado por el Consejo General del Poder Judicial para afrontar el incremento de litigiosidad en materia de condiciones generales de contratación.

A la reunión asisten las magistradas Dª Mª Carmen Keller Echevarría, Dª Ana Gutiérrez Gegúndez, Dª Ana Belén Iracheta Undagotia, Dª Lourdes Arranz Freijo, Dª Leonor Cuenca García, Dª Matxalen García Larragán, y actúa como secretario D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

En primer lugar se acuerda por mayoría adoptar criterios para su inmediata aplicación, sin perjuicio de irlos adaptando a los pronunciamientos que dimanen de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, algunos de los cuales son inminentes y de gran relevancia, y de incorporar cuestiones nuevas.

En segundo lugar se decide por mayoría que las distintas incidencias que surjan en la tramitación, en particular las peticiones de suspensión por existir cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, irán siendo solventadas por quienes vayan componiendo en cada caso la Sección 4ª, a propuesta de la ponente, aunque manteniendo el criterio general, con la flexibilidad que exijan las circunstancias, de no suspender en el caso de procedimientos declarativos, y hacerlo si es procedente en los procedimientos de ejecución.

En tercer lugar, se acuerda por mayoría que respecto de cada cláusula que se tache de abusiva, se sigan, con carácter general y sin perjuicio de las circunstancias del caso, los siguientes criterios que se relacionan alfabéticamente:

### APERTURA

Está pendiente de la publicación de una sentencia del Tribunal Supremo sobre un recurso de casación frente a la SAP Las Palmas, Secc. 4ª, 20 abril 2018, rec. 1103/2017, que declaró abusiva una comisión de apertura, y de otros recursos de Audiencias Provinciales. Por mayoría se entiende que, sin perjuicio de valorar las circunstancias del caso concreto y de lo que en breve decida el Tribunal Supremo, la cláusula que dispone la obligación de pago de una comisión de apertura para conceder un préstamo retribuido con interés tiene carácter abusivo.

### CLÁUSULA SUELO

Cosa Juzgada: Reclamación cantidad tras previo declarativo en el que sólo se pidió nulidad de la cláusula reservándose la acción de reclamación de cantidad. La mayoría estima que no hay cosa juzgada, ni se aplica el art. 400 LEC, como señalaba la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 11 mayo 2018, rec. 887/2017, aunque teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso.

Costas: El banco tiene que atender las costas de ambas instancias (STS 419/2017, de 4 julio, rec. 2425/2015). Su FJ 5º dice que: i) el principio del vencimiento es la regla; ii) lo contrario produciría un “*efecto disuasorio inverso*” a los consumidores que reclamen frente a cláusulas o prácticas abusivas; iii) la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio; y finalmente, iv) que debe tenerse en cuenta la propia posición procesal de la entidad profesional. En el mismo sentido las STS 463/2017, de 19 julio, rec. 546/2015, 464/2017, de 19 julio, rec. 1112/2015, 554/2017, de 11 octubre, rec. 258/2017, STS 456/2017, de 18 julio, rec. 2153/2015, STS 458/2017, de 18 de julio, rec. 2728/2015, STS 463/2017, de 19 julio, rec. 546/2015, STS 469/2017, de 19 de julio, rec. 913/2015, STS 464/2017, de 19 de julio, rec. 1112/2015, STS 467/2017, de 19 de julio, rec. 1113/2015, STS 465/2017, de 19 de julio, rec. 3054/2015, STS 466/2017, de 19 de julio, rec. 3270/2015, STS 3/2018, de 10 enero, rec. 1448/2015, y STS 25/2018, de 17 enero, rec. 1667/2015.

Costas en desistimiento tras cambio de jurisprudencia: Se acuerda estar al criterio del ATS 14 septiembre 2017, rec. 2685/2014, que impone las costas a la entidad bancaria que desiste.

Efectos: A partir de la STJUE 21 diciembre 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, asunto Gutiérrez-Naranjo, la STS (Pleno) 123/2017, de 24 febrero, rec. 740/2014, es procedente la condena a la entidad bancaria demandada a devolver la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de dicha cláusula suelo desde la celebración del contrato de préstamo más los intereses legales desde las respectivas fechas de cobro. Se reitera doctrina, entre otras, en STS 461/2018, de 18 julio, rec. 46/2016, 585/2018, de 17 octubre, rec. 898/2016 y en la 698/2018, de 12 diciembre, rec. 1673/2016.

Novación: La STS 489/2018, de 13 septiembre, rec.1026/2016, considera que la nulidad de una cláusula suelo de un contrato de préstamo, sin perjuicio de que se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hace, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula nula por falta de transparencia por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes. El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el

empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

Subrogación: El banco predisponente está obligado a informar de forma comprensible sobre la existencia de la cláusula suelo también en el caso de subrogación del comprador de vivienda en el préstamo solicitado por el promotor, según las STS 24/2018, de 17 enero, rec. 1412/2015, 25/2018, de 17 enero, rec. 1667/2015, STS 38/2018, de 24 enero, rec. 2108/2015 y STS 42/2018, de 26 enero, rec. 1713/2015.

Transacción: La STS 205/2018, de 11 abril, rec. 705/2017, cuya doctrina se ha ratificado en STS 489/2018, de 13 septiembre, rec. 1026/2016, considera aplicable a los acuerdos entre profesionales y clientes bancarios la regulación de los arts. 1809 y ss CCv, que disciplinan la transacción y disponen su carácter obligatorio, con autoridad de cosa juzgada para las partes, como reza el art. 1816 CCv. Se argumenta que cuando se adoptan estos acuerdos hay controversia, porque era conocida y polémica la cláusula suelo. Para poner fin a la controversia entre banco y cliente, se alcanza un acuerdo privado, que no afecta al principio de no vinculación del art. 6.1 de la Directiva 93/13, siendo válida la transacción entre las partes para poner fin esa disputa.

Hay planteada cuestión prejudicial ante el TJUE, nº C-452/18, por el Auto de 11 julio 2018 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Teruel, otra por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Albacete, Auto de 2 octubre 2018, y acaba de anunciarse una por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

### **COMISION INGRESO EN CUENTA BANCARIA**

La comisión que se cobra por ingresar dinero en una cuenta bancaria que no es del cliente que va a realizarlo, se ha declarado abusiva y nula en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz de 10 octubre 2017, Juicio Verbal 388/2016, criterio que se apoya por mayoría.

### **COMISION POSICIONES DEUDORAS**

Ha sido declarada abusiva, y así se considera por la mayoría, por desproporcionada por la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 1 junio 2018, rec. 883/2017, como también ha hecho las SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 11, 12, 19 y 27 abril 2018, y las SAP Álava, Secc. 1ª, 30 diciembre 2016, rec. 538/2016 y SAP Valencia, Secc. 9ª, 4 abril 2018, rec. 1748/2017.

### **GASTOS HIPOTECA**

Se está a la espera de la sentencia del Tribunal Supremo que se anunciaba inminente, y que aún no es conocida. La abusividad de la atribución de todos los gastos de formalización y constitución del préstamo con garantía hipotecaria se declaró en la STS 705/2015, de 23 diciembre, rec. 2658/2013. Está pendiente la aprobación a Ley de Contratos Inmobiliarios, que se encuentra ahora en el Senado, y que dispone a quien

corresponderá cada tipo de gasto.

Cancelación hipoteca: La mayoría entiende procedente seguir la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 1 junio 2018, rec. 948/2017, que considera nulo, por abusivo, imponer al consumidor el coste de la cancelación de la hipoteca previa para poder constituir la nueva.

Costas: En la demanda en la que se solicita la nulidad de varias cláusulas contractuales, si no se declara la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas contractuales, dijo la STS 623/2018, de 8 noviembre, rec. 1107/2016, que había estimación parcial de demanda y no procedía la imposición de costas de primera instancia.

La desestimación de parte relevante de los gastos que se reclaman como consecuencia de la nulidad de la cláusula de gastos, conlleva la no imposición de las costas a la demandada, sin perjuicio de que, en los supuestos en que no acontezca dicha desestimación relevante, pueda apreciarse la doctrina en materia de costas procesales de estimación sustancial de la demanda.

Cuantía: Mayoritariamente se consideran estos procedimientos de cuantía indeterminada en la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 26 marzo 2018, rec. 832/2017.

Gestoría: La mayoría acuerda seguir el criterio de indemnizar al consumidor todos estos gastos como hizo la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 14 mayo 2018, rec. 920/2017.

Impuesto Actos Jurídicos Documentados: Se seguirá el criterio de las STS 147/2018, de 15 marzo, rec. 1211/2017 y 148/2018, de 15 marzo, rec. 1518/2017, que excluye que pueda exigirse el importe de este impuesto aún si se declara la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos.

Imprescriptibilidad: Se ha considerado por la mayoría imprescriptible la acción de nulidad, incluso tras abonarse la totalidad del préstamo con garantía hipotecaria, en las SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 22 marzo 2018, rec. 796/2017, 26 marzo 2018, rec. 896/2017, 30 mayo 2018, rec. 930/2017, y 9 octubre 2018, rec. 872/2017.

Interés procedente: Se considera procedente interés de las cantidades a que se condene desde el abono de los pagos por el cliente/consumidor, porque sin ser aplicable el efecto restitutorio del art. 1303 CCv, ya que no se realizó pago alguno al banco, sino a terceros, se trataría de una “situación asimilable” al enriquecimiento injusto, o tiene “similitudes analógicas” con el pago de lo indebido del art. 1896 CCv, conforme a la STS (Pleno) 725/2018, de 19 diciembre, rec. 2241/2018.

Notariales: Atendiendo al reparto equitativo a que alude la STS 705/2015, de 23 diciembre, rec. 2658/2013, se está indemnizando la mitad de estos gastos desde la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 17 noviembre 2017, rec. 541/2017.

Registrales: Se están indemnizando en su totalidad al consumidor desde la

SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 17 noviembre 2017, rec. 541/2017.

Tasación: Se están indemnizando en su totalidad al consumidor desde la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 7 diciembre 2017, rec. 326/2017.

### **INTERÉS DEMORA**

Si se declara abusivo un interés de demora sigue devengándose el interés remuneratorio (STS 671/2018, de 28 noviembre, rec. 2825/2014), criterio que a petición del propio Tribunal Supremo consideró admisible la STJUE 7 agosto 2018, C-96/17.

### **INTERÉS NEGATIVO O CLÁUSULA CERO**

No es exigible que el banco pague interés si el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria tiene valor inferior a cero, según la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 101 de Madrid de 17 noviembre 2014, Juicio 1058/2014.

### **IRPH**

El Tribunal Supremo mantiene la validez del uso del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) en STS 669/2017, de 14 diciembre, rec. 1394/2016, argumentando que considera que *“ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH-Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales”*. Plantea voto particular el Sr. Orduña.

En la actualidad está admitida cuestión prejudicial ante el TJUE del Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona, de 16 febrero 2018, asunto C-125/18. También se han planteado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Reus, de 15 de mayo de 2018, Procedimiento Ordinario 1206/2016, y Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Granollers, de 18 de junio 2018, Juicio Ordinario nº 1099/2016. Además también se ha suscitado cuestión por la Audiencia de Almería en AAP Almería, Secc. 1ª, 20 marzo 2018, rec. 1022/2016. No hay aún alegaciones del Abogado General, pero sí informe que la Comisión Europea, en el que distinguiendo el índice de la cláusula contractual que dispone su aplicación, propone se acoja que la segunda es abusiva.

### **LEGITIMACIÓN ASOCIACIONES CONSUMIDORES**

La STS 623/2014, de 18 noviembre, rec. 1671/2012, admite la legitimación de las asociaciones de consumidores para defender los intereses particulares de sus asociados.

### **MULTIDIVISA**

La hipoteca multidivisa se entiende mayoritariamente abusiva cuando afecta a consumidor si se dan las circunstancias que han descrito las STS 669/2018, de 26

noviembre, rec. 665/2016.

### **PAGARÉ EN BLANCO**

*“La condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquél, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria” (STS 464/2014, de 12 septiembre, rec. 1460/2013, 645/2015, de 11 noviembre, rec. 102/2014, 648/2016, de 2 noviembre, rec. 2914/2014, y la última 696/2018, de 12 diciembre, rec. 1492/2016).*

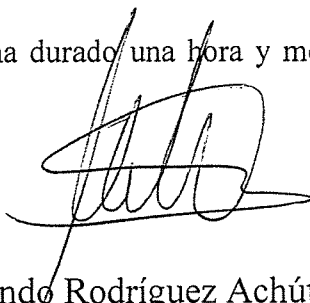
### **VENCIMIENTO ANTICIPADO**

Se seguirá el criterio de declarar abusiva esta cláusula caso de que se puede acordar vencimiento anticipado por cualquier impago, por nimio que sea, conforme a la STS 705/2015, de 23 diciembre, rec. 2658/2013. En la actualidad está pendiente de resolver la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo al TJUE (asunto C-70/17), además de otras propuestas por diversos juzgados

Tras todo lo cual finaliza la sesión que ha durado una hora y media, lo que certifico firmando tras la presidenta



Reyes Castresana García



Edmundo Rodríguez Achútegui