



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL

ORDEN CIVIL

Nº 1 FEBRERO 2016

EDICIÓN: AJFV

**MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV**

**DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL**

**COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín**



Sentencia nº 733/2015, Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2015. Recurso de Casación nº 2470/2012. Comentarios del Ilmo. Sr. D. Hugo Novales Bilbao, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona.

La sentencia analizada aborda la cuestión específica de la responsabilidad de la entidad bancaria que por un lado financia la construcción de la promoción y, por otro lado, tiene abierta una cuenta por el promotor en que los interesados ingresan las cantidades anticipadas a cuenta del futuro precio de la vivienda. Y resuelve nuestro Alto Tribunal imponiendo dicha responsabilidad y por tanto convirtiendo en garante a aquella entidad bancaria en la que se ingresan las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas de uso residencial y ello con independencia de que ese ingreso no se haya realizado en la cuenta especial a que se refiere el art. 1.2 Ley 57/1968y por tanto no se haya constituido el seguro a que hace referencia la condición 1º del art. 1, de tal modo que la entidad bancaria tiene la obligación de exigir al promotor la constitución del seguro a que se hace referencia en el precepto citado.

Sentencia nº 705/2015, Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015. Recurso de Casación nº 2658/2013. Comentarios del Ilmo. Sr. D. Jaime Anta González, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander.

Cláusulas abusivas. Acción de cesación. Nulidad de cláusulas suelo, interés de demora al tipo del 19 % y vencimiento anticipado por impago de una parte del capital o intereses en cada vencimiento. Introducción de oficio del control de transparencia en segunda instancia. Ratificación de la doctrina sobre la cláusula suelo de la STS nº 241/2013 y posteriores. Efecto de cosa juzgada apreciando identidad objetiva (misma cláusula f) y subjetiva (mismo Banco, BBVA). Extensión de la doctrina de la STS de Pleno nº 265/2015 que prohíbe la integración de la cláusula sobre interés de demora cuando se reputa abusiva perviviendo los intereses remuneratorios. Vencimiento anticipado, nulidad de la cláusula pero sin consecuencias para proteger el crédito hipotecario y en favor del prestatario. La cláusula fantasma. Voto particular.

COMENTARIO STS SALA PRIMERA 21/12/2015 - HUGO NOVALES

La Ley 57/1968 de 27 de julio, regula “las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas” o más bien y a pesar de la denominación, lo que realmente regula son los derechos de los consumidores, adquirentes de viviendas de uso residencial que han anticipado cantidades a cuenta durante el proceso constructivo o con carácter previo a su iniciación.

Se trata de una norma preconstitucional pero de plena actualidad y ello no solo porque responde a principios constitucionalmente recogidos (derecho a una vivienda digna o protección de consumidores y usuarios) sino también porque las consecuencias económicas y sociales de la profunda crisis económica por la que atraviesa (o ha atravesado, a decir de algunos) nuestro País, hacen que el supuesto fáctico que contempla la norma se repita con asiduidad tozuda en la realidad representada por la promoción-construcción de viviendas.

Para apreciar el carácter plenamente actual de la Ley 57/1968, a pesar de sus casi 48 años de vigencia, basta con una lectura incluso superficial de la reducida exposición de motivos de la norma cuando justifica su promulgación en atención a la frecuencia con que en los contratos de cesión de viviendas, la oferta se realice obligando a los cesionarios (futuros compradores) a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella.

Partiendo de lo anterior y entrando en el análisis de la St TS de fecha 21/12/2015, ésta aborda la cuestión específica y en ello reside gran parte de su interés, de la responsabilidad de la entidad bancaria que por un lado financia la construcción de la promoción y, por otro lado, tiene abierta una cuenta (no especial) por el promotor en que los interesados ingresan las cantidades anticipadas a cuenta del futuro precio de la vivienda.

En primera Instancia se estima la demanda, condenando solidariamente al promotor y a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades anticipadas y a los intereses legales, sin embargo la sentencia de apelación estima el recurso de la entidad bancaria, absolviéndola de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

La discrepancia jurídica se basa en la interpretación no coincidente del art. 1.2 de la Ley 57/1968. En síntesis la sentencia analizada aborda la cuestión relativa a si la entidad bancaria que financia la promoción y tiene abierta una cuenta ordinaria a nombre del promotor, asume algún tipo de responsabilidad a pesar de que el promotor ha incumplido su obligación legal de abrir la cuenta especial a que hace referencia el precepto transcrito. Y resuelve nuestro Alto Tribunal imponiendo dicha responsabilidad y por tanto convirtiendo en garante a aquella entidad bancaria en la que se ingresan las cantidades anticipadas por los compradores y ello con independencia de que ese ingreso no se haya realizado en la cuenta especial a que se refiere el art. 1.2 de la Ley 57/1968.

Esta decisión extensiva de la responsabilidad de los promotores a las entidades financieras que prestan a estos los servicios que les son propios, encuentra su razón de ser en la negativa de considerar a las entidades de crédito como terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor y en "...la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción". En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, ...bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia.

Para consultar Sentencia original, datos CENDOJ:

Roj: STS 5263/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5263

COMENTARIO STS SALA PRIMERA 23/12/2015 – JAIME ANTA

La Organización de Consumidores y Usuarios demanda al BBVA y Banco Popular pretendiendo que se declaren nulas por abusivas y se decrete orden de cesación (la acción del art. 12 LCGC) de varias condiciones generales que los Bancos demandados incorporan en sus contratos de préstamos hipotecarios y otros.

La demanda prospera parcialmente en primera instancia y en segunda, la Audiencia desestima los recursos de los Bancos y estima en parte las apelaciones de la OCU y el Ministerio Fiscal ampliando las condiciones generales afectadas por el fallo.

Contra la sentencia de la Sección 28^a de la AP de Madrid se interponen sendos recursos extraordinario por infracción procesal y casación que el TS desestima.

Cuatro son las cuestiones más relevantes. Dos son de orden procesal y se refieren al ámbito del control de oficio en segunda instancia de las cláusulas abusivas y la cosa juzgada.

En cuanto a la primera ya en una primera aproximación, al exponer el planteamiento inicial en su FJ 1º, la Sala subraya, en su apartado 4º, cinco consideraciones de la sentencia de la AP, entre las que, en lo que importa, destacan dos: 1/ definir el control judicial de oficio de cláusulas abusivas en apelación aunque no haya formulación concreta en instancia únicamente sometido al principio de contradicción y 2/ el especial significado de la regla contra proferentem acciones colectivas pues no se limita a interpretar el condicionado en perjuicio del predisponente sino que, yendo más allá, basta que la condición admita significados que puedan dar lugar a la abusividad para que deba ser expulsada del tráfico mercantil.

Tales premisas aportan fundamento para la desestimación de los recursos por infracción procesal. A la queja de los recurrentes de que la razón de pedir enfrentada en instancia a la cláusula suelo se refería a su desequilibrio y, sin embargo, la condena de la AP se basa en su intransparencia (la sentencia de la AP se dicta poco después de la conocida STS de 9/5/2013 y la toma en cuenta) le opone, en su FJ 2º, la doctrina del TJUE, cuyo revolucionario impacto es conocido, y que resume un párrafo sobre el segundo motivo del recurso del Banco Popular, apdo 2:

«La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez –aun sin alegación de las partes– realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite».

Importa llamar la atención sobre esta reflexión. El TS parece asumir la violenta dislocación de las reglas procesales provocada por el TJUE cuando hay consumo, y bien cabe preguntarse si incluye la cosa juzgada, como opina el legislador y así lo afirma en el Preámbulo (parágrafo V) de la Ley 42/2015.

La conclusión es que el respeto a los principios de audiencia y contradicción convalida la apreciación *ex novo* de la Audiencia.

La segunda cuestión también se refiere a la cláusula suelo. Enjuiciando en su FJ 4º la casación del Banco Popular el TS reitera su consolidada doctrina expresada en sentencias nº 241/2013, nº 464/2014, nº 138/2015, nº 139/2015, y nº 222/2015. Aunque es más convincente que en otras ocasiones desaprovecha la oportunidad de aclarar las dudas que suscita el control de transparencia y su imprecisa conexión con el de contenido. Pero además, cuando en su FJ 5º afronta la casación del BBVA,

aprecia que la nulidad de la cláusula suelo es cosa juzgada porque en las STS nº 241/2013 (acción de cesación, control abstracto) y 222/2015 (acción de nulidad, control concreto) las cláusulas juzgadas eran casi idénticas y el Banco el mismo, el BBVA.

La tercera y cuarta cuestión son sustantivas y versan sobre dos cláusulas cuyo protagonismo es incontestable y hasta cabe decir que absorbente: interés de demora y vencimiento anticipado.

En cuanto al interés de demora en su FJ 5º la sentencia extiende a los préstamos hipotecarios la doctrina sentada para créditos al consumo por la STS de Pleno nº 265/2015, ratificada en SSTS nº 469 y nº 470/2015, y con sustento en el ATJUE de 11/6/2015, pone fin a una polémica que duraba desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013: apreciada la abusividad de la cláusula de interés moratorio este debe quedar en 0 sin que pueda sobrevivir siquiera con la aplicación supletoria de una norma, sea el artículo 1.108 del CC o la DT 2ª de la Ley 1/2013, aunque reiterando lo que ya dijo en la STS nº 265/2015: que perviven los intereses remuneratorios aun resuelto el contrato, idea esta última netamente polémica y que resulta de una forzada interpretación que conceptúa el interés de demora como un plus sobre el remuneratorio cuando aquel es indemnización y este precio. El tiempo dirá si supera una probable revisión por el TJUE. Quizás no logre superar el control de transparencia.

Y finalmente la cuestión estrella, el vencimiento anticipado. La cláusula inserta por el BBVA en sus contratos de préstamo hipotecario lo prevé ante el impago de una parte del capital o intereses en cada vencimiento, con lo que ni reproduce el artículo 693.2 de la LEC anterior a la Ley 1/2013 ni respeta tampoco el texto reformado, que exige tres impagos. Ateniéndose a los criterios de la STJUE Aziz el TS convalida su nulidad, al menos en abstracto, pero desarrolla un pronunciamiento *obiter dicta* (que suscita un voto particular concurrente del Magistrado D. Javier Orduña) en el que, ante la lógica del «todo o nada» (Carrasco Pereda) de la STJUE de

14/6/2012 y pese al sólido principio “*quod nullum es nullum producit effectum*”, se inclina por «nada»; esto es, porque esta nulidad resulte irrelevante.

El razonamiento se vierte en 7 puntos que no se ordenan, de donde – y es censurable – queda la duda de si basta con cualquiera de tales consideraciones para salvar la nulidad. Los puntos 1, 2 y 4 dan sanción a una suerte de cláusula fantasma de vencimiento anticipado que opera en vacío, sin causa, algo así como una lluvia sin agua, la verdadera *ratio decidendi* está en el punto 5: evitar que se restrinja el crédito hipotecario, objetivo legítimo para el legislador pero inadecuado para servir de fundamento un pronunciamiento judicial, y menos en el contexto actual, y el punto 6 ensaya una integración que el TJUE reserva (C-26/13, C-602/13) cuando la nulidad de la cláusula lleve a anular el contrato, algo imposible con el vencimiento anticipado, y se apunta una interpretación maximalista del artículo 693.3 de la LEC (que hace referencia a uno sólo de los cuatro criterios, el más secundario, de la sentencia Aziz) llevándonos a un escenario de máxima duda que se agudiza si sumamos que las conclusiones del Abogado General posteriores (2/2/2016) a esta sentencia en el caso C-421/14 parecen caminar en dirección opuesta. Nuevamente el tiempo dictará sentencia.

Para consultar Sentencia original, datos CENDOJ:

Roj: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618