

Roj: SAP CC 189/2014 - **ECLI:**ES:APCC:2014:189

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Cáceres

Sección: 1

Nº de Recurso: 85/2014

Nº de Resolución: 81/2014

Fecha de Resolución: 20/03/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Acción colectiva. Obligaciones subordinadas. Cláusulas abusivas. Declaración de nulidad. Carencia de objeto de la acción.

cf1Resumen:

par1. Acción colectiva frente a entidad bancaria para declarar la nulidad de condiciones generales contenidas en contratos de adquisición de obligaciones subordinadas. La sentencia de primera instancia estima la demanda. 2. Decisión del tribunal de apelación: estima el recurso y desestima la demanda por carencia de objeto. La particularidad de la sentencia radica en el novedoso tratamiento de la carencia de objeto de la acción porque se produjo el canje del producto adquirido por acciones. El tribunal entiende que la acción de cesación ejercitada resulta inviable por carencia de objeto porque las condiciones generales y las prácticas que se consideran abusivas no se realizaban en el momento de la interposición de la Demanda y, además, no existen indicios de que puedan volver a reiterarse este tipo de conductas en la comercialización del producto a clientes minoristas.par

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00081/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2013 0026465

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000085 /2014

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: JUICIO VERBAL ACCION CONSUM. Y USUARIOS 0000438 /2013

Recurrente: LIBERBANK SA

Procurador: MARIA DE LOS ANGELES CHAMIZO GARCIA

Abogado: JUAN JOSE CALDERON LABAO

Recurrido: ASOCIACION PARA LA DEFENSA DE LOS IMPOSITORES DE BANCOS Y CAJAS DE AHORRO ESPAÑA
ADICAE, MINISTERIO FISCAL -

Procurador: CARLOS MURILLO JIMENEZ

Abogado: CARLOS ARJONA PEREZ

S E N T E N C I A NÚM.- 81/2014

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO =

_____ =
Rollo de Apelación núm.- 85/2014 =

Autos núm.- 438/2013 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres =

=====//

En la Ciudad de Cáceres a veinte de Marzo de dos mil catorce.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Verbal núm.- 438/2013, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la demandada **LIBERBANK, S.A.**, representada en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Chamizo García**, y defendida por el Letrado Sr. **Calderón Labao**, y como parte apelada, la demandante, **ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA, (ADICAE)**, representada en la instancia y en la presente alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. **Murillo Jiménez**, y defendida por el Letrado Sr. **Arjona Pérez**.

Siendo parte el **MINISTERIO FISCAL**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, en los Autos núm.- 438/2013, con fecha *5 de Diciembre de 2013*, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMO la demanda presentada por el procurador D. Carlos Murillo Jiménez en nombre de ADICAE frente a Liberbank SA, representada por la procuradora Dª María Angeles Chamizo García y, en consecuencia:

I.-

A). DECLARO la nulidad de las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores identificadas en el hecho segundo de la demanda, que se tendrán por no puestas:

1º).- aquélla en que se manifiesta que el consumidor acepta conocer el contenido y significado de las obligaciones subordinadas, que ha estado informado y que se le ha hecho entrega del tríptico.

2º).- aquélla cuyo tenor literal dice: "El cliente ha sido debidamente informado por Caja de Extremadura de la naturaleza y riesgos del instrumento financiero a que se refiere esta orden".

3º).- aquéllas con el siguiente tenor literal: "Caja Extremadura ha informado al cliente de que no resulta necesario realizar el test de conveniencia con ocasión de la emisión de esta orden y que, en consecuencia, no goza de la protección como inversor que confiere la realización del test". Y: "Caja Extremadura ha informado al cliente que al tratarse de una operación realizada a iniciativa de este, no está obligada a realizar el test de conveniencia y por lo tanto aquél no goza de la protección establecido en la Ley 24/1998 del Mercado de valores."

4º).- aquellas del contrato de fidelización que dice: "Cláusula Cuarta: El cliente manifiesta que no ha interpuesto o, habiendo interpuesto, ha desistido de cualquier reclamación judicial o extrajudicial contra las entidades de origen, Liberbank o entidades de su grupo y/o sus directivos o empleados derivada de la comercialización venta o tenencia de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que fueron objeto de la acción de gestión de híbridos y deuda subordinada." Y la siguiente: "Anexo I, Cláusula cuarta: El pago de la fidelización está sujeto en todo caso, al cumplimiento de las siguientes condiciones /.../: ii: haber interpuesto o haber desistido de cualquier reclamación judicial o extrajudicial contra las entidades de origen, la sociedad, y/o sus directivos o empleados derivada de la comercialización, venta o tenencia, de los instrumentos híbridos de capital, deuda subordinada que fueron objeto de acción de gestión de híbridos y deuda subordinada. Esta declaración se deberá realizar en el acto de adhesión al Plan de Fidelización.

Asimismo será condición necesaria para percibir el pago de la fidelización que a la fecha de liquidación del mismo no se haya interpuesto reclamación judicial o extrajudicial o haber desistido de la misma antes de la fecha de adhesión al plan contra las entidades de origen, la sociedad, y/o sus directivos o empleados derivada de la comercialización, venta o tenencia, de los instrumentos híbridos de capital, deuda subordinada que fueron objeto de acción de gestión de híbridos y deuda subordinada, así como renuncia, a la fecha de liquidación, a la interposición de futuras reclamaciones judicial o extrajudiciales contra las entidades origen, la sociedad, y/o sus directivos o empleados derivados de la misma causa."

B).- CONDE *NO* a la demandada a eliminar de sus contratos estas condiciones generales y abstenerse en lo sucesivo de su utilización.

C).- ORDENO que se libre mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

D).- ORDENO que se publique el fallo de la sentencia dictada, una vez firme junto con el texto de las cláusulas afectadas en o en un periódico de los de mayor circulación, que será el Periódico de Extremadura y en Hoy, de acuerdo con el ámbito de la entidad de origen afectada (Caja Extremadura), con los gastos a cargo de la demandada.

E).- DECLARO la imposición a la demandada de una multa, en la cuantía de 600 euros, por cada día de retraso en la ejecución definitiva de la resolución judicial a partir del plazo que se pudiera otorgar para ello una vez despachada ejecución, conforme lo previsto en el *art. 711 de la LEC* .

II.-

A).- DECLARO abusivas las prácticas de la demandada realizados con consumidores y descritas en el hecho tercero de la demanda, excepto la relativa "a la comercialización antes del 2002 de obligaciones subordinadas sin estar aprobado el folleto por la CNMV", que se desestima, es decir, quedan afectadas: la omisión de la información requerida en la normativa MiFID, de los test de conveniencia, la insuficiencia de la información contractual, la consideración de dichos instrumentos financieros como no complejos, y la asociación documental o informativa (en el propio contrato y cuando exista) del instrumento con un contrato de depósito, de ahorro, libreta de ahorro, IPF o términos similares. Prácticas que se han descrito en el fundamento octavo de esta sentencia.

B).- CONDENO a la demandada a cesar en las prácticas bancarias descritas por ser abusivas, en lo que respecta a su reiteración futura en las emisiones de obligaciones subordinadas.

III.-

DECLARO la existencia de una situación no equitativa en la posición de las partes como consecuencia de dichas cláusulas que no puede ser subsanada y DECLARO la ineficacia de los negocios y actos jurídicos para las suscripciones de deuda subordinada de Caja Extremadura realizados por consumidores, vigentes en 2012 y que han sido canjeadas obligatoriamente por acciones de Liberbank SA y el derecho a la devolución de las cantidades entregadas en virtud de las mismas, descontando las cantidades en virtud de las mismas, descontando las cantidades que el consumidor haya recibido por cualquier concepto.

IV.-

COSTAS: al estimarse sustancialmente la demanda, se imponen a la parte demandada.

V.-

Esta sentencia en el caso de que adquiriera firmeza gozará de efectos de cosa juzgada, según lo previsto en el *art. 221 de la LEC* , a los consumidores y usuarios adquirentes de obligaciones subordinadas de Caja Extremadura, conforme a lo especificado en el Fundamento de Derecho UNDECIMO de esta sentencia...."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación de la demandada, se interpuso del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

TERCERO .- Admitida que fue la interposición del recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el *art. 461 de la L.E.C* ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de

diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

QUINTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y habiéndose propuesto prueba por la parte apelada, con fecha 24 de Febrero de 2014 se dictó Auto que acordaba, por una parte no haber lugar al recibimiento a prueba en esta segunda instancia, y por otra la incorporación a los autos de los documentos acompañados a su escrito, habiéndose dictado Auto con fecha 3 de Marzo de 2014, que acordaba desestimar la petición de aclaración de expresado Auto, solicitada por la parte apelada, y no considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **17 de Marzo de 2014** , quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el *art. 465 de la L.E.C* .

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO** .

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la *Sentencia de fecha 5 de Diciembre de 2.013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres* en los autos de Juicio Verbal seguidos con el número 438/2.013, conforme a la cual, con estimación de la Demanda presentada por Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (Adicae) contra Liberbank, S.A.: I A) Se declara la nulidad de las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores identificadas en el Hecho Segundo de la Demanda, que se tendrán por no puestas: 1º) Aquélla en que se manifiesta que el consumidor acepta conocer el contenido y significado de las Obligaciones Subordinadas, que ha estado informado y que le ha sido entregado el tríptico; 2º) Aquélla cuyo tenor literal dice: "El cliente ha sido debidamente informado por Caja de Extremadura de la naturaleza y riesgos del instrumento financiero a que se refiere esta orden"; 3º) Aquéllas con el siguiente tenor literal: "Caja Extremadura ha informado al cliente de que no resulta necesario realizar el test de conveniencia con ocasión de la emisión de esta orden y que, en consecuencia, no goza de la protección como inversor que confiere la realización del test", y "Caja Extremadura ha informado al cliente que, al tratarse de una operación realizada a iniciativa de éste, no está obligada a realizar el test de conveniencia y por lo tanto aquél no goza de la protección establecida en la Ley 24/1.998, del Mercado de Valores"; 4º) Aquéllas del contrato de fidelización que dice: "Cláusula Cuarta: El cliente manifiesta que no ha interpuesto o, habiendo interpuesto, ha desistido de cualquier reclamación judicial o extrajudicial contra las entidades de origen, Liberbank o entidades de su grupo y/o sus directivos o empleados derivada de la comercialización venta o tenencia de los

instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que fueron objeto de acción de gestión de híbridos y deuda subordinada", y la siguiente: "Anexo I, Cláusula Cuarta: El pago de la fidelización está sujeto, en todo caso, al cumplimiento de las siguientes condiciones /.../: ii: no haber interpuesto o haber desistido de cualquier reclamación judicial o extrajudicial contra las entidades de origen, la sociedad, y/o sus directivos o empleados derivada de la comercialización, venta o tenencia, de los instrumentos híbridos de capital, deuda subordinada que fueron objeto de acción de gestión de híbridos y deuda subordinada. Esta declaración se deberá realizar en el acto de adhesión al Plan de Fidelización. Asimismo será condición necesaria para percibir el pago de la fidelización que a la fecha de liquidación del mismo no se haya interpuesto reclamación judicial o extrajudicial o haber desistido de la misma antes de la fecha de adhesión al plan contra las entidades de origen, la sociedad, y/o sus directivos o empleados derivada de la comercialización, venta o tenencia de los instrumentos híbridos de capital, deuda subordinada que fueron objeto de acción de gestión de híbridos y deuda subordinada, así como la renuncia, a la fecha de liquidación, a la interposición de futuras reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra las entidades de origen, la sociedad, y/o sus directivos o empleados derivados de la misma causa"; B) Se condena a la demandada a eliminar de sus contratos estas condiciones generales y a abstenerse en lo sucesivo de su utilización; C) Se ordena que se libre mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la Sentencia en el mismo; D) Se ordena que se publique el Fallo de la Sentencia dictada, una vez firme, junto con el texto de las cláusulas afectadas, en un periódico de los de mayor circulación, que será en el Periódico Extremadura y en el Hoy, de acuerdo con el ámbito de la entidad de origen afectada (Caja Extremadura), con los gastos a cargo de la demandada; y E) Se declara la imposición a la demandada de una multa, en la cuantía de 600 euros, por cada día de retraso en la ejecución definitiva de la Resolución Judicial a partir del plazo que se pudiera otorgar para ello una vez despachada ejecución, conforme a lo previsto en el *artículo 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; II A) Se declaran abusivas las prácticas de la demandada realizadas con consumidores y descritas en el Hecho Tercero de la Demanda, excepto la relativa "a la comercialización antes de 2.002 de Obligaciones Subordinadas sin estar aprobado el folleto por la CNMV", que se desestima, es decir, quedan afectada: la omisión de la información requerida en la normativa MiFid, de los test de conveniencia, la insuficiencia de la información contractual, la consideración de dichos instrumentos financieros como no complejos, y la asociación documental o informativa (en el propio contrato y cuando exista) del instrumento con un contrato de depósito, de ahorro, libreta de ahorro, IPF o términos similares. Prácticas que se han descrito en el Fundamento de Derecho Octavo de esa Sentencia, y B) Se condena a la demandada a cesar en las prácticas bancarias descritas, por ser abusivas, en lo que respecta a su reiteración futura en las nuevas emisiones de Obligaciones Subordinadas; III Se declara la existencia de una situación no equitativa en la posición de las partes como consecuencia de dichas cláusulas que no puede ser subsanada, y se declara la ineficacia de los negocios y actos jurídicos para las suscripciones de Deuda Subordinada de Caja Extremadura realizados por consumidores, vigentes en 2.012 y que han sido canjeadas obligatoriamente por acciones de Liberbank, S.A. y el derecho a la devolución de las cantidades entregadas en virtud de las mismas, descontando las cantidades que el consumidor haya recibido por cualquier concepto; IV Costas:

Al estimarse sustancialmente la Demanda, se imponen a la parte demandada; y V Se declara que esa Sentencia en el caso de que adquiera firmeza gozará de efectos de Cosa Juzgada, según lo previsto en el *artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, a los consumidores y usuarios adquirentes de Obligaciones Subordinadas de Caja Extremadura, conforme a lo especificado en el Fundamento de Derecho Undécimo de esa Sentencia; frente a esta Sentencia -decimos- se alza la parte apelante -demandada, Liberbank, S.A.- alegando, básicamente y en esencia, como motivos del Recurso, los siguientes: en primer término, la infracción del *artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Reiteración por la demandante, Adicae, de los presupuestos del caso iniciado por reclamaciones efectuadas por Adicae frente a Caixa Galicia y resuelto por *Auto, número 18/2.013, de 15 de Febrero, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Tercera)*; en segundo lugar, infracción procesal por la discrepancia entre la acción ejercitada y la consecuencia jurídica solicitada y declarada en la Sentencia, defecto legal en el modo de proponer la Demanda, *artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en relación con los *artículos 425, 399 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*; en tercer lugar, infracción procesal del *artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* respecto a la manifiesta carencia sobrevenida de objeto; en cuarto lugar, la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y la vulneración en el Proceso Civil de Derechos Fundamentales reconocidos en el *artículo 24 de la Constitución Española*, con infracción de los *artículos 216 y 282, 443.4 y 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que consagran los Principios de Justicia Rogada y de Aportación de parte; en quinto lugar, la infracción de la interpretación de la normativa sobre información a prestar por las entidades bancarias contenida en el *artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores* y concordantes; en sexto lugar, error en la valoración de la prueba, con infracción de los *artículos 281, 283, 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*; en séptimo lugar, la incorrecta aplicación de la normativa de Condiciones Generales y Consumidores, con infracción de los *artículos 83, 86 y 89 del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios* de 2.007 y del *artículo 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios* de 1.984; en octavo lugar, la incorrecta definición del alcance de los efectos de la Cosa Juzgada, con infracción del *artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y, finalmente, la impugnación de la condena en costas en primera instancia, con infracción del *artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*; existencia en cuanto a la condena en costas de serias dudas de hecho y de derecho. En sentido inverso, la parte apelada -demandante, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (Adicae)- se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, debe señalarse, con carácter previo y, como postulado inicial, que esta Sala, en la resolución de la Impugnación deducida, por mor del Recurso de Apelación interpuesto, alterará el orden de examen de los motivos que lo informan, principiando el análisis de las cuestiones controvertidas en esta segunda instancia por el tercero de los motivos alegados, motivo que acusa la infracción de precepto legal, de naturaleza procesal, por inaplicación del *artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* respecto a lo que parte apelante califica como manifiesta carencia sobrevenida de objeto; en la medida en que el referido motivo afecta a la génesis del

Proceso en cuanto a la eventual virtualidad del ejercicio de la "la acción colectiva de cesación", cuestión que -a criterio de esta Sala- debe ser la primera que se evalúe por cuanto que, si el ejercicio de la acción de cesación no resultara procedente por carencia de objeto (en suma, por falta de los presupuestos que la definen), obviaría el examen del resto de las pretensiones planteadas, tanto en la instancia, como en el Recurso de Apelación. No obstante, conviene aclarar que la eventual falta de objeto de la acción es un presupuesto material, sustantivo o de fondo de la pretensión articulada en la Demanda, de tal modo que no constituye un obstáculo o impedimento procesal (es decir, no es una excepción procesal) que impidiera -de estimarse- un conocimiento de fondo de tal pretensión, porque -de acogerse, decimos- rechazaría la pretensión por inviable y, por extensión, alcanzaría a todas las cuestiones de fondo suscitadas en su ámbito. Y, de la misma manera, el hecho de que se invierta o altere el examen de los motivos del Recurso por razón de estricta sistemática metodológica carece de relevancia, sin perjuicio de que deba añadirse que los dos primeros motivos de la Impugnación (a saber: la infracción del *artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; reiteración por la demandante, Adicae, de los presupuestos del caso iniciado por reclamaciones efectuadas por Adicae frente a Caixa Galicia y resuelto por *Auto, número 18/2.013, de 15 de Febrero, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Tercera)*); y, en segundo lugar, la infracción procesal por la discrepancia entre la acción ejercitada y la consecuencia jurídica solicitada y declarada en la Sentencia, defecto en el modo de proponer la Demanda, *artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación con los *artículos 425 , 399 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), ambos de naturaleza estrictamente procesal y que no constituyen sino excepciones formales opuestas en la primera instancia, y reiteradas ahora en la segunda, dichos motivos -decimos- fueron satisfactoriamente resueltos por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, de modo que tampoco demandarían ninguna otra motivación jurídica adicional o complementaria.

También, como postulado inicial, conviene significar que la carencia de objeto de la acción que ha sido ejercitada en la Demanda en ningún caso puede ser "sobrevenida" y, en consecuencia, no es de aplicación el *artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Adviértase, en este sentido, que la carencia sobrevenida de objeto (o la inexistencia de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida) parte de un doble planteamiento: de un lado, que se produzca después de iniciado el Proceso y, de otro, que se alegue por la parte actora o por la parte demandada reconviniendo. En el presente caso, no concurren ninguno de los indicados presupuestos, en la medida en que la carencia de objeto -conforme a las alegaciones de la parte demandada apelante- devino anterior a la interposición de la Demanda y, por otro lado, este efecto ha sido alegado por la parte demandada, no por la parte actora. No obstante, la inaplicación del *artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en nada empece para que el Tribunal pueda examinar la alegación relativa a la carencia de objeto de la acción de cesación ejercitada en la Demanda, que, es en esencia, lo que denuncia el motivo, sin que ello afecte a la congruencia de la Resolución Judicial, sobre todo cuando - como a continuación se examinará- tal motivo de Oposición a la Demanda (y ahora del Recurso de Apelación) -y en esos mismos términos- fue efectivamente contradicho por la parte actora y apelada y, asimismo, por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida.

TERCERO.- Como presupuestos inexcusables para el adecuado examen del motivo, interesa destacar las circunstancias en las que esta alegación de carencia de objeto ha tenido influencia en las presentes actuaciones. Y, de esta manera y, en primer término, en la propia Demanda, en su Fundamento de Derecho V, con la rúbrica "Fondo del Asunto", la parte actora indicó que ejercitaba una acción de cesación prevista para las Asociaciones de Consumidores con fundamento en los *artículos 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)*. También se indica -y es cita literal- que "en ambos casos estas acciones de cesación se promueven aunque el producto en concreto pudiera llevar un tiempo sin ser comercializado, pues es factible la posibilidad futura de su utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición (*Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de fecha 26 de Abril de 2.006, número 168/2.006 , Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 11 de Marzo de 2.005 , y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 14 de Julio de 2.005 , número 177/2.005, Recurso 265/2.005*), así como evidentemente corresponde proceder a eliminar las ya existentes en las condiciones generales suscritas declarando su nulidad o no incorporación".

Alegada en el acto de la Vista del Juicio por la parte demandada la causa de oposición antedicha, esto es, la infracción procesal del *artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* respecto a la manifiesta carencia sobrevenida de objeto, el Juzgado de instancia, en la Sentencia recurrida y, sobre esta concreta alegación, ofreció la siguiente motivación, que citamos, igualmente, en términos literales: "la parte demandante, como segunda excepción procesal, entiende que el Proceso carece de objeto, porque, en virtud de las resoluciones administrativas del FROB se ha producido un canje de obligaciones subordinadas por acciones, de forma que la cuestión o conflicto que plantea la Asociación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores ya se ha resuelto y tales resoluciones son vinculantes. Esta es una de las cuestiones principales del litigio, de forma que afecta más al fondo que a la forma del Proceso. No obstante, debe señalarse que esta cuestión es alegada en la Demanda, es decir, que es anterior a la Demanda misma, con lo que no puede decirse que exista una carencia sobrevenida de objeto, sino que es ésta la cuestión objeto de debate. Con lo que en virtud de los *artículos 22 y 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* la excepción debe ser desestimada. La tercera excepción se refiere a que mal puede plantearse una Demanda en el ejercicio de la acción de cesación sobre cláusulas contractuales o prácticas abusivas que han cesado, incluso en sus efectos, de forma que si han cesado no puede pedirse esta cesación. Pero, igualmente debe rechazarse esta excepción procesal por tratarse de una cuestión de fondo, no procesal. Así, el *artículo 53 de la LGDCU* establece que la acción de cesación incluye una prohibición de reiteración futura de la acción considerada abusiva, incluso si ya ha cesado al tiempo de la Demanda, siempre que existan indicios fundados para temer su reiteración de modo inmediato. Esto es, estos requisitos son de fondo, no procesales. La diferencia es clara, porque si fueran procesales esta Sentencia sería absolutoria en la instancia, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, en lo que toca a esta acción, y al ser cuestión de fondo, es una Sentencia estimatoria o desestimatoria que entra el fondo y

producirá efectos de cosa juzgada. Por tanto, para resolverla la Sentencia emplaza a las partes a los siguientes fundamentos".

La parte demandada apelante, en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación, reitera, como motivo de Impugnación, con el número 3, la "infracción procesal del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la manifiesta carencia sobrevenida de objeto". Sobre la justificación del motivo, interesa destacar -del conjunto de los alegados- los siguientes extremos (es, igualmente, cita literal): "Se plantearon dos cuestiones, por un lado la inexistencia de dichas obligaciones subordinadas al haber sido canjeadas por acciones, fruto de un mandato imperativo normativo impuesto por el FROB, y la imposibilidad de reiteración futura de esas conductas abusivas". (...) "Entendemos igualmente que este motivo de excepción procesal está indebidamente desestimado, dado que (...) el único efecto que puede tener una hipotética estimación de la acción de cesación es la condena al demandado a cesar en esa conducta que considera abusiva, y a no llevarla a cabo en el futuro" (...). "Pues bien, resulta en este caso que poca oportunidad tiene mi mandante de seguir incluyendo cláusulas supuestamente abusivas en los contratos de deuda subordinada, o de seguir realizando prácticas comercializadoras de deuda subordinada, también supuestamente abusivas, habida cuenta que todos y cada uno de los títulos de deuda subordinada comercializados por mi representada, esto es, las identificadas por la demandante en su Demanda (se refiere a las emisiones de los años 2.002 (5.671.000 euros), 2.004 (6.526.500 euros) y 2.005 (8.693.000 euros)), fueron canjeados por acciones de la entidad después de que el FROB emitiese, el 5 de Abril de 2.013, la resolución por la que se establece el canje forzoso de la deuda subordinada de Caja Extremadura por acciones de Liberbank". (...) "En el caso que nos ocupa, es manifiesto que la demandante ADICAE, en el fondo pretende evitar a los titulares de la extinta deuda subordinada de mi mandante las consecuencias del mandato imperativo impuesto por la Ley 9/2.012, de 14 de Noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y en concreto la aplicación del principio de responsabilidad y asunción de riesgos. Lo cual supone una vulneración de la referida normativa, e incluso un posible fraude de ley, al intentar conseguir unos efectos vedados por el ordenamiento al amparo de unas normas que además no son de aplicación a esta controversia (...)".

Finalmente, en contestación al referido motivo, la parte actora apelada, en su Escrito de Oposición al Recurso de Apelación, reiteró las alegaciones que, en tal sentido, opuso en la Demanda, e indicó, también literalmente y entre otros extremos, que: "Cierto es que las obligaciones subordinadas fueron emitidas por la demandada entre los años 2.000 y 2.005, pero interesadamente esconde el recurrente que las mismas fueron comercializadas por esa misma entidad demandada hasta que a finales de 2.011, principios de 2.012, se destapó en toda España por la CNMV la defectuosa comercialización que de tales productos se estaba llevando a cabo no solo por Caja Extremadura, sino por otras entidades". Se citan las Sentencias que ya fueron puestas de manifiesto en la Demanda y, además, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 26 de Abril de 2.006* y la *Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de Enero de 2.004*. Y se añade que: "Una decisión en sentido contrario, por ejemplo abriría la puerta a la entidad financiera demandada a inaplicar la conocida como normativa MiFid, como ha venido

haciendo en la comercialización de productos, así como a no cumplir la normativa del Mercado de Valores, en cuanto a entrega de Folletos o Trípticos y demás documentación complementaria legalmente exigible a la hora de comercializar un producto. Es más, se entendería correcta la comercialización como Plazos Fijos u otros productos de ahorro de productos de riesgo como son las obligaciones subordinadas. Las cláusulas pueden ser aplicadas a otros productos de distinta tipología, pero es más, tampoco las obligaciones subordinadas, participaciones preferentes, etc. son un producto que no siga existiendo, pudiendo la entidad financiera emitir nuevamente en cualquier momento, de hecho (...) actualmente se realizó una emisión de obligaciones convertibles en que se han canjeado las obligaciones de los clientes afectados por este producto, no siendo el FROB quien señaló el concreto producto del canje, sino que fue una decisión de la demandada".

CUARTO.- En función de los antecedentes expuestos en el Fundamento de Derecho anterior, entendemos que la determinación de la oportunidad del ejercicio de la acción colectiva de cesación cuando la condición general y/o la práctica que se considera abusiva ya no se produce (cuando no se produce -decimos- en el momento de la interposición de la Demanda) adquiere una relevancia capital atendiendo a la naturaleza intrínseca de la referida acción, que es diametralmente distinta a la de las individuales de nulidad de los contratos por las mismas causas, de tal modo que, ni la virtualidad de la acción colectiva de cesación depende de que los contratos individuales sean nulos por vicios del consentimiento, ni la nulidad de estos últimos depende de que se hubiera de acoger o estimar previamente una acción colectiva de cesación. Queremos decir con ello (y ya podemos anticipar el sentido del Fallo de la presente Resolución) que el hecho de que la acción colectiva de cesación de condiciones generales y/o de prácticas abusivas se desestime no condicionará lo más mínimo el resultado de las acciones individuales de nulidad contractual que se hayan ejercitado, se ejerciten o se fueran a ejercitar en el futuro (de hecho ya se han ejercitado, tal y como revelan las Sentencias que aportó la parte apelada con su Escrito de Oposición al Recurso de Apelación), en la medida en que el hecho de que no concurren los requisitos naturales para la viabilidad de la acción colectiva de cesación, no significa que, en la concreta comercialización de los productos o instrumentos financieros controvertidos (obligaciones o deuda subordinada), no se hubieran incluido condiciones generales abusivas o no se hubieran empleado prácticas de la misma naturaleza vinculadas a una comercialización impropia de determinados instrumentos financieros en relación con clientes minoristas que pudiera provocar una conducta indeseable -y censurable- por no respetar los estándares de transparencia e información exigidos por la Legislación y la Jurisprudencia, tanto de la Unión Europea, como del Estado Español.

Y, en esta sede preliminar, debe indicarse que el Juzgado de instancia, en la Sentencia recurrida, ha desarrollado una motivación, formalmente correcta y suficiente, pero superficial, necesitada -según nuestro criterio- de una mayor profundidad en relación con el objeto de la acción colectiva de cesación vinculado al especial supuesto que se examina, sobre todo cuando ha resultado incuestionablemente acreditado que, en la fecha de la presentación de la Demanda, ya no se comercializaban emisiones de obligaciones subordinadas (ni aquellas a las que específicamente, se refiere la Demanda -emisión 2.002

por 5.671.000 euros, emisión 2.004 por 6.526.500 euros y emisión 2.005 por 5.693.000 euros- ni ninguna otra) con clientes minoristas, que es donde únicamente se residen las tachas de abusividad, no con inversores expertos y/o profesionales. Es decir, la deuda subordinada no es un producto o instrumento financiero nulo, per se, ni prohibido; la eventual nulidad se produce en la forma de comercialización del producto con clientes minoristas; conducta que -insistimos- ya no existe, hecho éste que, incluso, no es discutido por la parte actora, hoy apelada, quien ha efectuado una serie de alegaciones en el Escrito de Oposición al Recurso de Apelación absolutamente inverosímiles y abiertamente improcedentes a los efectos de justificar la existencia de un riesgo de que pudieran volverse a comercializar en el futuro este tipo de productos con clientes minoristas, aludiendo, incluso, a su posible incorporación a otros productos de ahorro, como depósitos o a plazo, lo cual se entiende que constituye una alegación carente del más mínimo fundamento. Por otro lado, la inexistencia del producto financiero y su ausencia de comercialización en el momento de la interposición de la Demanda también constituye un hecho admitido por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, tal y como se advierte del contenido de su Fundamento de Derecho Segundo, cuando examina "las excepciones procesales planteadas".

En consecuencia, la problemática que debe examinarse es aquella relativa a si existen indicios de que las condiciones generales o las prácticas que se afirman abusivas pueden reiterarse en el futuro; esto es, si existe un juicio de certeza sobre la vuelta al uso de esas prácticas, en el bien entendido de que la propia naturaleza de la acción de cesación -y su finalidad genuina- pasa porque la condición general o la práctica abusiva se esté desarrollando en el momento de la interposición de la Demanda, de tal modo que, si ha cesado, la acción -en principio- carece de objeto. Por ese motivo, tales indicios deben encontrar un mínimo fundamento, constatable, tangible, acreditado y debidamente explicitado, indicios que -en el supuesto que examinamos-, no existen, sino que, antes al contrario, existen pruebas objetivas (es decir, con rango superior al del indicio) que revelan, precisamente, lo contrario, como con posterioridad se justificará. No obstante, este Tribunal es conciente de que, tanto los criterios doctrinales, como los jurisprudenciales, que se pondrán de manifiesto sobre esta concreta cuestión demuestran una aparente proclividad a extender el ejercicio de la acción de cesación a situaciones en las que la condición general o la práctica abusiva ya no se produce en el momento de la interposición de la Demanda, a modo de una suerte de presunción favorable de existencia de riesgo de reiteración de la conducta. Sin embargo, el supuesto que ahora se somete a la consideración de esta Sala presenta unos condicionantes diametralmente distintos y especialísimos que demandarán -a nuestro juicio- una decisión distinta y contraria, condicionantes y especialidades que no han sido contemplados (no concurrían) en los supuestos examinados por los Tribunales en los Procesos sobre acciones colectivas de cesación conocidos hasta el momento.

La sistemática de esta Resolución se concretará, pues, en un estudio (fundamentalmente jurisprudencial) del instrumento financiero controvertido (obligaciones subordinadas), para después, abordar un estudio más pormenorizado de la acción de cesación; y, finalmente, extrapolar las consecuencias de la aplicación del expresado producto financiero al ejercicio de la referida acción colectiva en función del supuesto que

se somete a nuestra consideración, determinante de su especialidad en relación con otros casos de ejercicio de acciones colectivas de esta naturaleza.

QUINTO.- Sobre la Deuda Subordinada, la *Sentencia de fecha 15 de Marzo de 2.013, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo*, señala que: "La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el *artículo 913 del Código de Comercio*. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas".

En Sentencia de fecha 13 de Noviembre de 2.013, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, se indica que "Respecto de lo primero conviene recordar aquí que, como ya exponía la Sentencia de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de 15 de Marzo del año en curso, lo que caracteriza a la deuda subordinada es principalmente la alteración de la prelación común de tal suerte que estos préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de los demás acreedores y no se reembolsan hasta que se paguen las demás deudas que se hallen vigentes. A cambio se retribuye con unos intereses más altos; su plazo de vencimiento es de al menos cinco años (en este caso era de diez) y solo cabe liquidarlos con antelación a ese momento acudiendo a un mercado secundario. La normativa bancaria los conceptúa como productos complejos y de riesgo".

Finalmente, la Sentencia de fecha 16 de Diciembre de 2.013, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, significa que: "Pues bien, con carácter previo a la resolución de dichas cuestiones y en orden a ello, debe recordarse, siguiendo la *Sentencia de 15 de Marzo de 2.013 de esta misma Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias*, que las obligaciones subordinadas <<constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán

hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho periodo podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, (...) "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad>>.

Junto a lo anterior, es preciso tener en cuenta, siguiendo igualmente la citada *Sentencia de 15 de Marzo de 2.013* , <<En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce (...) un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditio creditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el *artículo 913 del Código de Comercio* . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas>>.

Asimismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del *artículo 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores* , si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría a los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

Al propio tiempo debe señalarse que los *artículos 38 y 39 del Real Decreto 1.310/2.005* distinguen entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista por exclusión, pues lo es quien no es ni

experto, ni cualificado, siendo dicho minorista merecedor de una mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela, previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario, pues la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, ya que ello no produce el efecto de capacitar a todo inversor para considerar la naturaleza y riesgos, ni para evaluar la situación financiera actual y previsible del emisor".

SEXTO.- Delimitado el producto o instrumento financiero controvertido (deuda subordinada), procede analizar el alcance de la acción colectiva de cesación, proyectada, especialmente, sobre el diseño o finalidad de hacer cesar (evitar hacia el futuro) el uso de la condición general o de la práctica que se considera abusiva; debiendo significarse -y siendo de destacar- que, en el ámbito de todas las acciones de cesación que contempla nuestro Derecho, la pretensión se proyecta como remedio preventivo, es decir, enfocado hacia situaciones censurables que se producen o que se están produciendo al objeto de que cesen, no sobre situaciones fácticas inexistentes. Exponente del elenco de acciones de cesación que recoge nuestra legislación positiva es el estudio realizado por Lidón Montón García, en Diario "La Ley", número 5983. Sección Doctrina, 25 de Marzo de 2.004, con el título "Características y Presupuestos de la denominada Acción de Cesación en beneficio de los consumidores y usuarios". En dicho estudio, se establece lo siguiente: "III Objeto de Pretensión Cesatoria. Considerando las distintas disposiciones legales en que se reconoce su ejercicio, puede hacerse valer más específicamente con el objeto siguiente: A) Para conseguir que deje de utilizarse o recomendarse el uso de cláusulas abusivas perjudiciales a intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios (*artículo 10 ter de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* (...). B) Para lograr el cese de conductas que: a) Se consideren contrarias a las normas reguladoras de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores fuera del establecimiento mercantil, conforme a lo establecido en la Ley de 21 de Noviembre de 1.991 (...), y produzcan lesiones en intereses tanto colectivos como difusos de aquéllos; b) Contradigan las disposiciones relativas a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, contenidas en la Ley de 6 de Julio de 1.995 (...), con afección directa a intereses, tanto colectivos como difusos de los usuarios de los mismos; c) Sean contrarias a lo establecido para regular la constitución, ejercicio, transmisión y extensión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley de Multipropiedad de 15 de Diciembre de 1.998 (...), afectando, como en los supuestos anteriores, a los intereses colectivos o difusos de sus usuarios; d) Reflejen disconformidades entre las condiciones contractuales de venta de bienes corporales destinados al consumo humano (...) y a las calidades o condiciones del producto realmente entregado, afectando asimismo a intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, y a las garantías en la Venta de Bienes al Consumo reconocidas en la Ley de 10 de Julio de 2.003 (...). C) Para solicitar la finalización de comportamientos ilícitos de cualquier persona física o jurídica que preste directa o indirectamente el servicio público de televisión, infringiendo las disposiciones que sobre emisiones, producciones, protección frente a determinadas formas de publicidad y protección de menores establece la Ley de 12 de Julio de 1.994 (...) y causando afección perjudicial a intereses colectivos o difusos de los usuarios de tipo de servicios. D) Para conseguir el cese por parte de

los anunciantes de cualquier tipo de publicidad ilícita, entendida como tal; la engañosa, la desleal, la subliminal, y la que infrinja lo dispuesto en la normativa específicamente reguladora de la publicidad de determinados bienes y productos (*artículo 3 de la Ley General de Publicidad*) (...). En este caso, como en los anteriores, el ejercicio de esta acción queda condicionado por la circunstancia de que semejante publicidad afecte a intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Sin embargo ofrece una variante, puesto que esta afección tiene consecuencias sobre la legitimación para el ejercicio de esta acción, ya que también puede hacerse valer individualmente (...), por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo. No supone realmente una novedad, ya que la legitimación individual se reconoce en cualquier caso, pero recalca el hecho de que la protección de intereses colectivos o difusos queda monopolizada en determinadas instituciones, no pudiendo plantearse por ciudadanos individualmente considerados (*artículo 25 de la Ley General de Publicidad*) (...). E) Para eliminar de un contrato aquellas condiciones generales que se consideren nulas por incumplir lo dispuesto en la Ley de 13 de Abril de 1.998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (...). A esta acción principal podrá acumularse, con carácter accesoria, la devolución de las cantidades que hubiera podido percibir el demandado como consecuencia de las condiciones a que se refiera la Sentencia, así como la de la indemnización de perjuicios, si los hubiera causado la aplicación de las condiciones declaradas nula (*artículo 12.2 modificado por la Disposición Final Cuarta de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2.000*) (...). Hay que entender que habrán de verse afectados intereses colectivos o difusos, pues así parece indicarlo la legitimación para su ejercicio, en la que no se incluye directamente a los afectados. Con independencia de la posible intervención de éstos en defensa de sus intereses personalizados de contenido económico, como consecuencia de la utilización de la cláusula declarada nula. F) Para dejar sin efecto publicidad de medicamentos destinados al uso humano, contrarias a lo establecido en la Ley de Medicamento de 20 de Diciembre de 1.990 (...), las disposiciones que la desarrollan y la Ley General de Sanidad, cuando lesionen intereses tanto colectivos como difusos, de los consumidores y usuarios (*artículo 121 de la referida Ley*) (...)"

También en el ámbito doctrinal es de destacar el estudio realizado por Marta Caballero Fidalgo, con la rúbrica "La Protección del Consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas", donde se señala que "La acción colectiva por antonomasia en la lucha contra el uso de cláusulas abusivas en las relaciones de consumo es la denominada acción de cesación, regulada en los artículos 53 a 56 del TRLCU y orientada, como se desprende del primero de ellos, a obtener una Sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de cláusulas abusivas, y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. Cualquiera que sea la pretensión, podrá entablarse conjuntamente contra varios profesionales y/o sus asociaciones, siempre que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas (artículo 17.4 LCGC). Puede observarse que el objeto de la acción de cesación diseñada por el TRLGDCU es, en materia de cláusulas abusivas, doble, en cuanto admite dos pretensiones diversas: el cese en su utilización y el cese en la recomendación de tal utilización. En este sentido, subsume las acciones de cesación y de retractación que, como acciones típicas independientes, regulaba y regula el

artículo 12 de la LCGC. Aun cuando una y otra pretensión conservan sustantividad propia, nada impide su acumulación en un mismo Proceso, constatándose así tres posibilidades diversas: el ejercicio de la acción al exclusivo objeto de alcanzar el cese en la utilización de cláusulas abusivas, el ejercicio de la acción al exclusivo objeto de alcanzar el cese en la recomendación de utilización de cláusulas abusivas y el ejercicio conjunto de ambas pretensiones. (...) De acuerdo con el inciso final del artículo 53.1, la acción procederá "asimismo" cuando la conducta ilícita haya finalizado al tiempo de ejercitarla si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. De modo implícito, la norma parece sancionar que la utilización efectiva de las cláusulas en el pasado, continúe o no al tiempo de ejercicio de la acción, es un presupuesto del mismo, lo que excluiría su procedencia cuando la conducta no se hubiere verificado aún, pese a existir indicios de su posible utilización futura (...). Así entendida, la limitación carece de justificación en el ámbito de las acciones colectivas, que pretenden un control general y preventivo (...), en relación a la estricta pretensión de prohibición de actuación ilícita futura, y es difícilmente conciliable con la interpretación sostenida por el TJCE, que ha declarado contraria a la Directiva 93/13/CEE la normativa interna que condicione el ejercicio de la acción de cesación a la utilización efectiva de las cláusulas, dado el carácter preventivo de tal acción (...). Sea como fuere, en los supuestos en que existe constancia de la efectiva utilización de las cláusulas impugnadas, el Tribunal Supremo ha eludido la exigencia de un principio de prueba sobre el riesgo de utilización futura decretando la aplicación prioritaria del artículo 12.2 de la LCGC, que omite cualquier alusión a tal extremo. La acción de cesación puede en primer término ser ejercitada al exclusivo objeto de obtener una Sentencia que condene al demandado o demandados a cesar en la utilización de cláusulas abusivas y prohibir la reiteración futura de tal conducta. La acción tiene un contenido o petitum complejo, en que se aúnan diversas pretensiones ejercitadas de forma simultánea, aunque conceptualmente cada una de ella sea un prius de la posterior. Con la acción se pretende, en primer lugar, la declaración del carácter abusivo de la cláusula, que se apreciará en aplicación de las reglas contenidas en los artículos 82 y 85 a 91 del TRLCU. Debe advertirse que, en el ámbito del control abstracto, el Juez ha de realizar una interpretación preeminentemente objetiva de las cláusulas, valorando su tenor literal, sentido y finalidad en el contexto del tipo contractual en que se inserta, atendidas la naturaleza del contrato (...). No parece pertinente la valoración de las circunstancias concurrentes al tiempo de contratar, desde el momento en que el objeto de control está constituido por condiciones generales insertas en una pluralidad de contratos que obedecen a una multiplicidad de situaciones y condicionamientos fácticos. Del mismo modo, en el juicio abstracto de validez pierde relevancia el criterio brindado por las cláusulas contenidas en contratos conexos (...), a lo que ha de añadirse la exclusión del juego de la regla "contra proferentem" (artículo 82 TRLGDCU), que el ámbito de la acción colectiva se resolvería en un beneficio al profesional predisponente (...). En segundo lugar, y como efecto directo de la declaración de nulidad, la acción pretende la eliminación de tal condición del clausulado contractual utilizado por el predisponente. Se trata de una pretensión de condena a un "facere", a una conducta activa del condenado (la supresión material de la cláusula), si bien la propia condena del Juez producirá per se efectos jurídicos, en el sentido de que legitima desde ya a los adherentes a no cumplir con las cláusulas generales declaradas nulas. Por último, la acción pretende una

condena de abstención: la de no seguir empleando o incluyendo la cláusula enjuiciada en los contratos que predispone el demandado. La continuidad en la eliminación se convierte, a la postre, en una conducta de "non facere" lo que impide eventuales comportamientos abusivos futuros, bajo imposición de las multas coercitivas previstas en el *artículo 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (en contra, Portellano Díez (2.002), p. 597, quien postula la aplicación preferente de la sanción administrativa prevista en el artículo 24 LCGC, como "lex specialis").

SEPTIMO.- En el ámbito jurisprudencial, ya anticipábamos con anterioridad la proclividad hacia la proyección de la acción colectiva de cesación a supuestos en los que la condición general o la práctica abusiva ya habían cesado en el momento de la interposición de la Demanda; en un planteamiento que -no obstante y en aras de garantizar la puridad de la naturaleza intrínseca de esta acción- debe ceder en el presente supuesto en atención a las sutiles especialidades que presenta, las cuales, se examinarán, con posterioridad, con el necesario detalle.

En este sentido, la *Sentencia de fecha 12 de Julio de 2.013, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante*, señala que: "Es indudable la trascendencia que en el presente litigio va a tener la *Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 241/13, de fecha 9 de Mayo de 2.013 (...)* y su posterior Auto de Aclaración de fecha 3 de Junio de 2013.

Mediante la referida Sentencia se pronuncia con carácter firme sobre la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los consumidores y usuarios instada por AUSBANC frente a varias entidades financieras, entre ellas, el BBVA, interesando la nulidad, por abusivas, de las cláusulas de limitación de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores identificadas en la demanda que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y, también la condena a su eliminación.

En la aludida Sentencia del Tribunal Supremo se declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del Antecedente de Hecho Primero y condena a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

La cláusula relativa a los tipos de interés que se transcribe en el Antecedente de Hecho Primero, tercero-b) de la Sentencia del Tribunal Supremo es idéntica a la contenida en la escritura acompañada a la demanda que inicia el presente proceso con una variación no relevante sobre determinados datos numéricos, cuya nulidad y eliminación también se interesa en el presente proceso.

De conformidad con lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Decimonoveno de la Sentencia del Tribunal Supremo la declaración de nulidad se ciñe a quienes "oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos abusivos".

Así las cosas, la Sentencia del Tribunal Supremo ya ha declarado mediante un pronunciamiento firme la nulidad de la cláusula litigiosa y ha condenado a BBVA a su eliminación.

A estos efectos, hemos de tener en consideración la doctrina del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de Abril de 2.012* acerca de los efectos frente a terceros de la Sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores: "no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación".

El efecto de este pronunciamiento es que la cláusula sobre cuya nulidad debemos pronunciarnos ya no existe en el contrato con independencia de cuál sea el fundamento que justifique la declaración de nulidad.

En consecuencia, estamos ante el supuesto previsto en el *artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* relativo a la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto pues, por circunstancias sobrevenidas a la demanda (la Sentencia del Tribunal Supremo) la actora ha dejado de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida (pretensión declarativa de nulidad y de condena a su eliminación) porque ya ha sido satisfecha con anterioridad fuera del proceso".

En la *Sentencia de fecha 21 de Octubre de 2.013, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona*, se establece: "Se postula al amparo de lo dispuesto en el *artículo 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, que la define como aquella acción "dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

En la *Sentencia de fecha 26 de Julio de 2.013, de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid*, se indica que: "El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el Juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

Además, en este ámbito de las acciones colectivas la regla "contra proferentem" cobra un significado distinto, pues ya no se trata de interpretar un condicionado en el sentido más perjudicial para el predisponente y favorable al consumidor (como podría resultar lo procedente en un litigio individual), sino que si la condición general, por su redacción ambigua o dudosa, admitiese significados que deberían dar lugar a abusividad, lo procedente es expulsarla del tráfico mercantil para que no pueda producir tal efecto. Los artículos 5 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1.993 , persiguen impedir la circulación de cláusulas dudosas que en alguno de sus significados pueda dar lugar a abusividad, por lo que en sede de un control abstracto de las mismas debe inclinarse el Juez por apreciar su nulidad (de ahí la previsión del artículo 6.2 de la LCGC). Así lo ha apuntado también el *Tribunal de Justicia (UE) en su Sentencia de 9 de Septiembre de 2004* .

No debe perderse de vista, sin embargo, 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).

Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos.

Por otro lado, cuando se aportan pruebas, como es el caso, de que los clausulados todavía circulan en el tráfico mercantil (como, por ejemplo, ha demostrado la OCU mediante el levantamiento de actas notariales que revelan la publicitación de los mismos a través de páginas web o medios similares), no cabrá ampararse, como se ha intentado (más adelante citaremos ejemplos concretos), en excusas alusivas a meros descuidos o errores materiales de la entidad financiera, sino que el órgano judicial deberá efectuar el correspondiente enjuiciamiento sobre las mismas para así asegurarse de, si fuera el caso, su

definitiva desaparición del tráfico mercantil y la definitiva exclusión de cualquier riesgo de utilización de las mismas.

Además, si se aduce que la cláusula señalada en la demanda había sido ya sustituida, pero la pretendida modificación no hubiese servido para salvar la contrariedad a Derecho de la estipulación, habrá de entenderse que, por encima de la aparente modificación formal, subsiste la abusividad en sentido material. Por lo tanto no habrá impedimento para que el Juez se pronuncie no sólo sobre la redacción inicial sino también extienda su análisis para comprender si la versión revisada verdaderamente habría servido para eliminar el carácter abusivo del clausulado empleado o si, por contra, éste subsistía".

Destacar, asimismo, la *Sentencia de fecha 22 de Octubre de 2.012, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca*, donde se señala que: "El segundo motivo del recurso debe ser desestimado ya que una cosa es que el *artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* establezca que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y otra cosa que no sea posible ejercitar una acción de cesación para que un Tribunal de Justicia declare con carácter general la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas incluidas en un contrato, sin que sirva de excusa el hecho de que la demandada no sólo no las incluyen en sus nuevos modelos, sino que además, tampoco las aplica en los contratos que continúan en vigor, pues ello no deja de ser sino una manifestación de parte, y en cualquier caso, eventualmente, podría generar situaciones de inseguridad jurídica forzando a cada consumidor o usuario a impugnar individualmente esas cláusulas si, en un determinado momento, la demandada las pretendiera hacer valer directa o indirectamente.

Evidentemente, tampoco puede ser admitido el recurso por el simple hecho de que en el suplico de la demanda se solicite se condene a la Caja demandada a eliminar de las condiciones generales las cláusulas abusivas, utilizando el tiempo presente, por cuanto la demandada considera que desde hace más de dos años ya no está utilizando estas cláusulas. Evidentemente, Caja Rural no puede ser condenada a abstenerse de realizar algo que no realiza, al parecer, en el momento presente, pero sí puede ser condenada a eliminar las cláusulas que ya constan en contratos anteriores, insistimos, sin que el consumidor individualmente considerado quede en una situación de inseguridad jurídica y pueda verse obligado a solicitar la nulidad de esas cláusulas.

Insiste la apelante en que la demandada nunca va a utilizar las cláusulas abusivas, por lo que no está de acuerdo con la condena del juzgador a eliminarlas de las condiciones generales. Aparte de no ser sino una manifestación de parte, nunca podemos estar totalmente seguros de que constanding expresamente tales cláusulas en innumerables contratos, en cualquier momento puede pretender la demandada hacer uso de las mismas, y ello con independencia de que en lo que se refiere a la cláusula, evidentemente abusiva, por la que se pretenden hacer recaer la totalidad de las costas procesales en los procedimientos derivados de tales contratos, sobre el cliente, en cualquier caso corresponde al órgano jurisdiccional competente el adoptar una decisión al respecto según lo previsto en las leyes procesales, por cuanto la introducción de

tal cláusula puede constituir para el consumidor y usuario poco avezado o poco asesorado un elemento importante de disuasión a la hora de pleitear en defensa de sus legítimos intereses, si de la lectura de dicha cláusula concluye que va a tener que hacer frente a unos gastos adicionales importantes.

Evidentemente tiene pleno sentido el condenar a Caja Rural a abstenerse de utilizar las cláusulas en el futuro, y ello con independencia de que no se utilicen en los modelos implantados a partir de Noviembre de 2.008, cuando lo cierto es que todavía existen en el mercado un buen número de contratos en los que consta dicha cláusula".

La *Sentencia de fecha 4 de Febrero de 2.009, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*, indica que "Finalmente, en el mismo sentido, y como complemento a la legislación procesal civil, se ha de mencionar que la acción de cesación (que se dirige a obtener una Sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura, así como prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato - *artículo 53 del TR de la LGDCU*, aprobado en 2.007-, que se regula dentro de su Título V "Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios") legitima, únicamente, para el ejercicio de las acciones tendentes a combatir las conductas contrarias, entre otras materias, las cláusulas abusivas, a una serie de organismos, entidades y asociaciones, pero no a los meros consumidores o usuarios".

La Sentencia de fecha 9 de Julio de 2.013, dictada por el Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, establece que "Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el artículo 16 LCGC, es decir asociaciones y Ministerio Fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (artículo 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto "en lo sucesivo" (artículo 12.2 LCGC), mientras que con el artículo 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato.

Finalmente es diferente la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro ("en lo sucesivo" dice el artículo 12.2 LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo. (...)

En definitiva, acciones contempladas en la misma norma, la Ley 7/1.998, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la de cesación que analizó el Tribunal Supremo en la sentencia tantas veces mencionada, tiene una legitimación activa restringida, es imprescriptible y surte efectos sólo hacia el futuro, pues su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una previsión contractual".

Por fin, la *Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2.013*, significa, en lo que ahora interesa, que: "278. La *Directiva 93/13* dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del artículo 7.2 de "si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

279. En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el artículo 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo [...].

280. Cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el artículo 53 TRLCU dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

281. Esta proyección de la sentencia al futuro ha sido confirmada desde la perspectiva del derecho a la privacidad de los consumidores y su tutela frente a las asociaciones de usuarios en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2.012, de 7 de Mayo*, al rechazar una pretensión de AUSBANC de que le fuesen cedidos datos personales de consumidores contratantes con una entidad de crédito, al afirmar que "[...] para ejercitar la acción de cesación que se postula como motivo principal para la admisión de solicitud de las diligencias preliminares, no son necesarios los datos personales que se solicitan en la demanda (tal y como recoge el *artículo 15.4 Ley de Enjuiciamiento Civil*), pues la Ley de Enjuiciamiento Civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (*ex artículo 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*)".

Por último, el Alto Tribunal, en *Sentencia de fecha 22 de Diciembre de 2.009*, ha declarado que "a) El requisito de que la conducta cuya cesación se solicita se esté realizando el momento de la presentación de la demanda no es exigido por el artículo 12.2 LCGC.

b) Una interpretación sistemática del precepto tampoco permite considerar la exigencia del requisito que la parte recurrente invoca, por cuanto las acciones de cesación no van dirigidas únicamente a lograr la interrupción de las actuaciones que vulneran el derecho protegido, sino también a prevenir aquellas de las que razonablemente pueda temerse en el futuro una perturbación del citado derecho. En el caso examinado el hecho de que la entidad financiera cesara en el ofrecimiento de los productos financieros que dieron lugar a las declaraciones de nulidad no comporta la seguridad de que dichas actuaciones,

habida cuenta de su naturaleza y circunstancias, no pudieran repetirse en el futuro bajo la misma forma u otra similar".

OCTAVO.- Pues bien, conjugadas todas las consideraciones que han quedado expuestas hasta el momento en los Razonamientos Jurídicos precedentes y, evaluada la naturaleza, tanto del producto financiero controvertido, como la esencia intrínseca de la denominada acción colectiva de cesación, en estas circunstancias -decimos- se está en condiciones de afirmar que el supuesto que, en el presente Proceso, se somete a la consideración de esta Sala por mor del Recurso de Apelación interpuesto presenta un amplio elenco de especialidades que determinan el que la acción de cesación ejercitada resulte inviable por carencia de objeto, en el sentido de que las condiciones generales y las prácticas que se consideran abusivas no se realizaban en el momento de la interposición de la Demanda y, además, se está en condiciones de aseverar, asimismo, que no existen indicios fundados (ni de ninguna otra naturaleza) de que podrían volver a reiterarse este tipo de conductas en la comercialización del producto a clientes minoristas, ni a través de deuda subordinada ni de otros productos o instrumentos financieros, sino que - con mayor intensidad y por encima de esos eventuales indicios (inexistentes, insistimos)- existe prueba directa y objetiva (más allá de la manifestación unilateral de la entidad bancaria demandada apelante de que el producto es ya inexistente, en cuanto a su comercialización a clientes minoristas) de lo contrario, es decir, de que estas conductas no se reiterarán en el futuro, ni existe riesgo de tal ejercicio, menos aun de manera inmediata.

En este sentido, la parte actora ha ejercitado en la Demanda una acción colectiva de cesación que encuentra su fundamento, por un lado, en el *artículo 12.2 de la Ley 7/1.998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación* ("La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia"), y, por otro, en el *artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de Noviembre*, por el que se prueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias ("La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas").

Así pues, la acción de cesación no elimina el producto o instrumento financiero de que se trate, ni lo excluye del mercado, sino que impone una obligación de abstención en el uso y de eliminación del

contrato de las condiciones generales, cláusulas o prácticas cuya abusividad se cuestione y así se declare. Por otro lado, la deuda u obligación subordinada no es un producto financiero ilegítimo, ni se encuentra fuera de la legalidad financiera (de hecho, no se discute su comercialización a clientes expertos, cualificados o profesionales), sino que lo que se discute es su forma de comercialización a clientes minoristas y la inclusión de cláusulas que pudieran considerarse indeseables por abusivas en esa concreta comercialización, sobre todo por ausencia de transparencia y de información suficiente sobre el producto que se contrata, que es más propio de una acción de nulidad por vicio del consentimiento que de cesación en una conducta que, al tiempo de la interposición de la Demanda, ha desaparecido.

Pues bien, la especialidad que ofrece el supuesto que examinamos y que permite afirmar, sin ambages, que la acción de cesación carece de objeto porque las condiciones y prácticas tachadas de nulas por abusivas ya no se realizan ni "existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato" (que es lo que específicamente preceptúa el *artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de Noviembre*, por el que se prueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias) radica en la intervención del Estado en la eliminación de este tipo de productos respecto a emisiones destinadas a clientes minoristas, dirigida -por lo que interesa a este Proceso- a la propia entidad demandada, Liberbank, S.A. A continuación, se desarrollarán los hitos nucleares y trascendentes en los que se ha venido desarrollando la intervención de la Administración General del Estado y cómo con dicha intervención puede constatarse una más que segura imposibilidad de que pudiera existir riesgo de reiteración de estas conductas. Reiteración en tal forma de comercialización que, razonablemente, no se estima posible que pudiera producirse o reiterarse, no solo por la intervención de la Administración Pública (recuérdese que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria es una Dirección General Ministerial, es decir, forma parte de la Administración General del Estado y su Comisión Rectora dicta Resoluciones recurribles ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa), sino también por las causas que motivaron la referida intervención, impuesta tanto por el estado de capitalización de determinadas entidades financieras, como por la existencia en las mismas de determinados productos o instrumentos financieros (singularmente híbridos -capital deuda-, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes) que se habían comercializado de forma generalizada con clientes minoristas a través de una práctica censurable generadora además de un acusado estado de crispación, tensión, repulsa y reprobación social al afectar a una generalidad de clientes minoristas ahorradores que habían visto situados sus capitales en productos financieros distintos de los que creyeron contratar, sin posibilidad de disposición (o con limitada capacidad de disposición) y sin poder obtener el reembolso del ciento por ciento del capital que entendían depositado sin ningún tipo de riesgo.

NOVENO.- Esa primera circunstancia viene constituida por la Ley 9/2.012, de 14 de Noviembre, de Reestructuración y Resolución de entidades de crédito. Conforme a su Exposición de Motivos: Según la ya clásica definición contenida en el *artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1.298/1.986, de 28 de Junio, sobre Adaptación del Derecho* vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, la peculiar naturaleza de estas entidades de crédito deriva de su forma de captación de pasivos, consistente

en «recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución». La aplicación de dichos pasivos «por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza» es la otra cara de la moneda de su labor de intermediación financiera, pero no es exclusiva de las entidades de crédito, a pesar de la denominación que les es propia.

Por otro lado, las entidades de crédito tienen un papel clave en la economía, en la medida en que facilitan la circulación del crédito al resto de sectores de actividad productiva y a los ciudadanos. Este aspecto, sumado a la complejidad del sistema financiero y al hecho de que algunas entidades individualmente consideradas tienen importancia sistémica debido a su tamaño y a las relaciones que mantienen dentro del sector, exige contar con procedimientos eficaces y flexibles, que permitan garantizar la estabilidad del sistema financiero, con el menor coste posible para el conjunto de la sociedad.

Estas peculiaridades de las entidades de crédito requieren que toda medida de supervisión o de regulación de las mismas vaya ante todo encaminada a dar seguridad al público del cual la entidad capta su pasivo, y por ende a preservar la estabilidad del sistema financiero.

A su vez, estas necesidades justifican que determinadas situaciones de inviabilidad transitoria de entidades de crédito deban ser superadas mediante la inyección de fondos públicos. La finalidad principal de estas inyecciones es la salvaguarda de los ahorros y depósitos de todos aquellos clientes que, de otro modo, en caso de que estos apoyos faltaran y que debiese procederse sin más a la liquidación de la entidad de crédito, podrían perder una parte importante de su patrimonio. (...) Con fecha de 6 de Junio de 2012, la Comisión Europea lanzó una propuesta de directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que contiene un amplio catálogo de medidas a adoptar, en una primera instancia, para evitar que una entidad de crédito llegue a una situación de inviabilidad que ponga en riesgo la estabilidad del sistema financiero, y, en una segunda instancia, para proceder a la resolución ordenada de las entidades no viables. Todo ello con el objetivo de minimizar el riesgo para la estabilidad financiera, y bajo el principio de que son los accionistas y los acreedores los que, en primer lugar, deben asumir los costes de la resolución.

A la hora de elaborar la presente Ley se han tenido en cuenta, como no podía ser de otra manera, todas estas iniciativas, de forma que su contenido acoge gran parte de las recomendaciones en ellas incluidas, e implica una sustancial reforma del esquema español de reestructuración y resolución de entidades de crédito existente hasta la fecha. (...) La aprobación de esta norma se enmarca, por otra parte, en el programa de asistencia a España para la recapitalización del sector financiero, que nuestro país ha acordado en el seno del Eurogrupo y que se ha traducido, entre otros documentos, en la aprobación de un Memorando de Entendimiento.

En primer lugar se establece el régimen de reestructuración y resolución de entidades de crédito, reforzando los poderes de intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).

Junto a ello, se incluyen ejercicios de subordinación de pasivos con carácter voluntario y obligatorio para aquellas entidades para las que se haya abierto un procedimiento de reestructuración o resolución.

Finalmente, se prevé la posibilidad de constituir una sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria, que se encargue de la gestión de aquellos activos problemáticos que deban serle transferidos por las entidades de crédito.

De manera adicional, en el Real Decreto-Ley 24/2.012, de 31 de Agosto, del que trae causa la presente Ley, tras acordarse por el Pleno del Congreso de los Diputados su tramitación como tal, se adelantó el cumplimiento de algunas medidas que el Memorando de Entendimiento prevé para fechas posteriores, lo cual obedece a diferentes razones. En primer lugar, la inclusión de estas medidas facilita la configuración de un sistema normativo homogéneo y coherente, considerándose inapropiado, por cuestiones sistemáticas, que su regulación se haga en instrumentos separados. Por otro lado, su entrada en vigor siguiendo los procedimientos legislativos ordinarios en los plazos previstos, era igualmente de difícil ejecución, por lo que parecía recomendable incluirlas en una única norma en vez de aprobar varias con carácter sucesivo. Finalmente, aunque las medidas no sean exigibles hasta fechas posteriores, la inclusión en esta Ley permite a los destinatarios comenzar a preparar su aplicación. De acuerdo con estos criterios se han introducido, entre otras, las medidas que se citan a continuación.

Se modifica la estructura organizativa del FROB para evitar conflictos de interés generados por la participación del sector privado en la Comisión rectora, a través del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

Se incluyen medidas para mejorar la protección a los inversores minoristas que suscriben productos financieros no cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. (...) El capítulo VI prevé la posibilidad de que el FROB ordene a la entidad de crédito correspondiente el traspaso de los activos problemáticos a una sociedad de gestión de activos. Así, el primero de los artículos de este Capítulo hace referencia a la delimitación de esta potestad y alude de manera genérica a las características básicas que definirán a esta sociedad que se constituiría como una sociedad anónima. En un artículo posterior, se hacen algunas precisiones sobre el régimen de transmisión y valoración de los activos que se transfieren, remitiéndose a un desarrollo posterior la regulación específica de estos extremos.

La sociedad de gestión de activos se constituye como un instrumento que permitirá la concentración de aquellos activos considerados como problemáticos, facilitando su gestión.

El capítulo VII introduce disposiciones sobre las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que aclaran la cuestión de quién debe financiar las medidas de reestructuración y de resolución de una entidad bancaria. El principio del que se parte es que los accionistas y acreedores han

de sufragar los gastos de la reestructuración o resolución, antes que los contribuyentes, en virtud de un principio evidente de responsabilidad y de asunción de riesgos.

En consonancia, se establecen mecanismos voluntarios y obligatorios de gestión de instrumentos híbridos de capital, que afectarán tanto a las participaciones preferentes como a la deuda subordinada. Corresponde al FROB acordar la aplicación de estas acciones e instrumentarlas en los términos que permite la Ley, valorando la idoneidad de su aplicación.

Conviene explicitar en este punto que, de acuerdo con el principio de responsabilidad y asunción de riesgos, el hecho de que una entidad de crédito pueda haber recibido apoyo financiero por razones de urgencia antes de la adopción expresa de una decisión sobre su reestructuración o resolución, no impedirá que el FROB, posteriormente, imponga acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, siendo el objetivo de estas medidas, como acabamos de referir, que el coste a asumir por los contribuyentes sea el menor posible. (...) Además, se intensifican los poderes de control que tiene la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con la comercialización de productos de inversión por parte de las entidades, especialmente en relación con los citados productos complejos.

DECIMO.- El segundo hito, de notable trascendencia, viene conformado por la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 5 de Abril de 2.013 por la que se acuerda implementar acciones de gestión de híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Liberbank, S.A.

Interesan destacar los siguientes extremos: El Plan de Reestructuración contempla la adopción de diversas medidas para alcanzar los objetivos y principios establecidos respectivamente en los *artículos 3 y 4 de la Ley 9/2.012, de 15 de Noviembre*, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (Ley 9/2.012) entre las que se encuentran: 1) la transmisión a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de Reestructuración Bancaria (SAREB) de activos especialmente dañados o cuya permanencia en el balance de Liberbank se consideraba perjudicial para su viabilidad; 2) la realización de ejercicios de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada regulados en el Capítulos VII de la Ley 9/2.012; y 3) la concesión de apoyos financieros de los regulados en el Capítulo V de dicha Ley mediante la suscripción por el FROB de obligaciones contingentemente convertibles en acciones ordinarias (CoCos) emitidas por Liberbank.

Conforme a los mencionados procedimientos, y de acuerdo con la norma cuarta de los criterios y condiciones a los que debe ajustarse la actuación del FROB en los procesos de reforzamiento de los recursos propios de entidades de crédito aprobados por su Comisión Rectora en su reunión del 30 de Julio de 2.012, se ha determinado que el valor económico de Liberbank es de 1.113 millones de euros.

La implementación de las medidas previstas en el Plan de Reestructuración señaladas en el expositivo cuarto anterior, se inició el pasado 28 de Febrero de 2.013 con la transmisión por Liberbank de activos a la

SAREB. Posteriormente, en fecha 8 de Marzo de 2.013, la Comisión Rectora del FROB acordó desembolsar el apoyo financiero a la entidad, lo que se materializó el 12 de Marzo de 2.013 mediante la suscripción íntegra por el FROB de una emisión de CoCos de Liberbank por importe de 124 millones de euros, tras seguirse el procedimiento previsto en la Ley 9/2.012.

El Plan de Reestructuración prevé que la entidad lleve a cabo una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de aceptación voluntaria por parte de los inversores en dichos valores, de acuerdo con lo previsto en los *artículos 40 a 42 de la Ley 9/2.012*. A tal fin, Liberbank solicitó la verificación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de un folleto informativo en los términos y condiciones de la referida acción de gestión, lo cual tuvo lugar el pasado 13 de Marzo de 2.013. Los términos y condiciones de la acción de gestión de aceptación voluntaria contenida en el correspondiente folleto informativo de la oferta fueron publicados en las páginas web de Liberbank y de la CNMV, cumpliéndose así los requisitos de publicidad establecidos en el *artículo 42 de la Ley 9/2.012*.

Con carácter previo, y al objeto de dar cumplimiento a la exigencia contenida en el *artículo 41.1 de la Ley 9/2.012*, las firmas Analistas Financieros Internacionales (AFI) e Intermoney Valora S.A. emitieron con fecha 7 de Marzo de 2.013, sendos informes sobre el valor de mercado de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada objeto de referida acción de gestión voluntaria y de los valores a entregar.

El Plan de Reestructuración prevé que en caso de que la acción voluntaria realizada por Liberbank no lograse al menos el 90% de aceptación entre los tenedores de los valores afectados por la misma, el FROB adoptaría las medidas necesarias para asegurar una acción de gestión de híbridos de capital y de deuda subordinada obligatoria o vinculante conforme a lo previsto en la sección 2ª del Capítulo VII de la Ley 9/2.012, y a cuyo cumplimiento se procede con la Resolución ad hoc.

El "Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera" (MoU), celebrado en Bruselas y Madrid el 23 de Julio de 2.012, y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de Diciembre de 2.012, como premisa para la obtención de la ayuda financiera para acometer el proceso de reestructuración bancaria impone, con el fin de aligerar el coste para el contribuyente, que, tras asignar pérdidas a los accionistas, las autoridades españolas exijan la aplicación de medidas para repartir la carga entre los titulares de capital híbrido y los de deuda subordinada de los bancos que reciban ayuda pública, mediante la introducción de ejercicios voluntarios y, en su caso, obligatorios de responsabilidad subordinada (apartado 17). Asimismo establece que los bancos con déficit de capital que precisen ayuda pública introducirán ejercicios de responsabilidad subordinada de conformidad con las normas en materia de ayuda estatal, convirtiendo el capital híbrido y la deuda subordinada en recursos propios con ocasión de la inyección de capital público o mediante la recompra con descuentos considerables (apartado 18).

En efecto, en cumplimiento de dicho mandato legal, el Plan de Reestructuración de la entidad contempla una actuación en materia de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.

En concreto, resulta acreditado la observancia del principio formulado por el *artículo 4.1.a) de la Ley 9/2.012*, por el que "los accionistas, cuotapartícipes o socios, según corresponda, de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas". Los actuales accionistas (las Cajas) en la constitución de la entidad suscribieron y desembolsaron las acciones con valor nominal de 1 euro, y una prima de emisión de 1,64 euros. Posteriormente, al Junta General de Liberbank, el 23 de Enero de 2.013 acordó la reducción del nominal de 1 a 0,30 euros para incrementar las reservas voluntarias de carácter indisponible. Teniendo en cuenta que la entrada de los nuevos accionistas, procedentes de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada (...) se efectuará con la suscripción de las acciones a un valor nominal de 0,30 euros, y una prima de emisión de 0,81 euros, el cumplimiento de tal principio queda salvaguardado.

Habiendo conseguido en el ejercicio de gestión de híbridos de capital y deuda subordinada voluntario llevado a cabo por la entidad una aceptación en los porcentajes que se explicitan (...), y no habiéndose alcanzado el 90% de aceptación exigido en el Plan de Reestructuración, la adopción de una acción de gestión de híbridos de carácter obligatoria a ejecutar por el FROB se impone necesaria.

En aplicación del *artículo 44 de la Ley 9/2.012* que permite discriminar entre las distintas emisiones en atención a su preferencia, la Comisión Rectora considera que debe procederse a implementar esta acción en relación con los titulares de los valores de las emisiones que se relacionan (se incluyen todas las emisiones de obligaciones subordinadas a las que se refiere la Demanda origen de este Proceso -emisiones de obligaciones subordinadas de los años 2.002, 2.004 y 2.005-) que no hayan aceptado la oferta de recompra voluntaria realizada por Liberbank (Valores a Recomprar) al amparo del folleto informativo inscrito en los registros oficiales de la CNMV con fecha 13 de Marzo de 2.013 (Folleto Informativo), sin que queden por tanto afectados por la misma los titulares de los valores de las indicadas emisiones que hayan aceptado la referida oferta de recompra.

Así, mediante esta Resolución se procede a implementar, por un lado, la acción consistente en imponer a la entidad Liberbank la obligación de recomprar los títulos correspondientes a las emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada perpetua que después se especifican, e imponer paralelamente a los titulares afectados la obligación de reinvertir el importe recibido en la adquisición de acciones nuevas de Liberbank, lo que conlleva el correspondiente aumento de capital. Comprados los títulos, se procederá a su amortización anticipada, como autoriza el propio *artículo 44 de la Ley 9/2.012*. Asimismo, al amparo del marco anterior, en relación con las emisiones de obligaciones subordinadas con vencimiento, se concede a los tenedores de este tipo de instrumento la opción de elegir, durante un plazo determinado entre: 1) el canje en acciones de Liberbank. El precio que será aplicable será el mayor de los siguientes: a) el importe resultante del cálculo utilizado para el canje por capital siguiendo la metodología descrita en el Fundamento Segundo, o b) el importe resultante conforme a las normas de ese apartado; y 2) el canje por depósito indisponible con el mismo vencimiento al de la deuda subordinada canjeada. El precio de canje será igual al valor nominal del instrumento de deuda subordinada, menos una reducción

del 1,5% por el número de meses restantes hasta el vencimiento. La fecha a partir de la cual se calcula el número de meses hasta el vencimiento es el 1 de Diciembre de 2.012. El depósito indisponible tendrá una remuneración del 2% anual.

Por lo que ahora interesa y -entre otros- la Comisión Rectora del FROB, con el objeto de implementar los instrumentos de reestructuración previstos en el Plan de Reestructuración de la entidad Liberbank, adoptó los siguientes Acuerdos:

1.- Imponer a Liberbank la recompra vinculante de las participaciones preferentes que se relacionan y que abonará en efectivo para su inmediata aplicación a la suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas por Liberbank, en virtud de acuerdo de aumento de capital adoptado en la Junta General de accionistas de 23 de Enero de 2.013, y cuya ejecución se acordó en el Consejo de Administración de 25 de Febrero de 2.013.

2.- Imponer a Liberbank la recompra vinculante de las emisiones de obligaciones perpetuas que se relacionan, y que abonará en efectivo para su inmediata aplicación a la suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas por Liberbank, en virtud de acuerdo de aumento de capital adoptado en la Junta General de accionistas de 23 de Enero de 2.013, y cuya ejecución se acordó en el Consejo de Administración de 25 de Febrero de 2.013.

3.- Imponer a Liberbank la recompra vinculante de las emisiones de obligaciones subordinadas a vencimiento que se relacionan y que se abonará en efectivo para su inmediata aplicación a la 1) suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas por Liberbank, en virtud de acuerdo de aumento de capital adoptado en la Junta General de accionistas de 23 de Enero de 2.013, y cuya ejecución se acordó en el Consejo de Administración de 25 de Febrero de 2.013, o 2) constitución de un depósito indisponible hasta la fecha de vencimiento del título recomprado, con rendimiento del 2%.

4.- Imponer a Liberbank la recompra vinculante de las emisiones de obligaciones subordinadas a vencimiento que se relacionan y que se abonará en efectivo para su inmediata aplicación a la suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas por Liberbank, en virtud de acuerdo de aumento de capital adoptado en la Junta General de accionistas de 23 de Enero de 2.013, y cuya ejecución se acordó en el Consejo de Administración de 25 de Febrero de 2.013, no pudiendo materializarse la opción de reinversión en depósito bancario al no existir importe efectivo a reinvertir, por aplicación de las reglas de canje previstas en el Plan de Reestructuración para la deuda subordinada con vencimiento.

DECIMO PRIMERO.- Finalmente, la tercera circunstancia que debe destacarse viene constituida por el Plan de Fidelización, aprobado para Caja Extremadura el 30 de Junio de 2.013. Conforme al mismo, en el marco del Plan de Reestructuración aprobado por el Banco de España y la Comisión Europea en Diciembre de 2.012, y de conformidad con el *artículo 5 de la Ley 9/2.012, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria* ("FROB") ha determinado sobre la base de informes de valoración encargados a tres expertos

independientes, un valor económico de Liberbank, S.A. de 1.113 millones de euros, lo que equivale a 1,11 euros por acción.

La valoración realizada por el FROB se ha tomado como referencia a los efectos de la oferta de recompra voluntaria de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada realizada por Liberbank al amparo de la Nota sobre los Valores inscrita en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV") con fecha 12 de Marzo de 2.013 (la "Nota sobre los Valores"), así como a los efectos de la oferta obligatoria desarrollada por el FROB.

Dicha valoración podría diferir significativamente con la que determinase el concurso de la oferta y la demanda en las Bolsas de Valores, lo que podría afectar al valor de la inversión para los titulares de los valores recomprados que hayan recibido nuevas acciones y obligaciones convertibles.

En virtud de este documento (Plan de Fidelización), se establece un sistema de fidelización, "Plan de Fidelización" de clientes minoristas del Grupo Liberbank titulares de acciones y obligaciones convertibles" dirigido a los clientes minoristas de Liberbank que recibieron acciones y/u obligaciones convertibles tras la recompra.

El Plan de Fidelización consiste en que las entidades de origen accionistas de Liberbank (entre las que se encuentra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura) mitigarán, a prorrata de su participación en el sindicato de voto que las entidades de origen han constituido en el contrato de integración y sus sucesivas adendas, de la eventual pérdida de valor que implique un descenso del precio de la acción de Liberbank (a establecer mediante el mecanismo Sales Facility previsto), dentro de ciertos umbrales ("Pago de Fidelización").

En este sentido, en virtud del Plan, las entidades de origen cubrirán a los titulares de las nuevas acciones y obligaciones convertibles hasta un máximo de la diferencia entre la valoración asignada a Liberbank por el FROB (1,11 euros por acción) ("Precio FROB"), que ha servido de base para la oferta de recompra y valoración de los títulos entregados (acciones y obligaciones convertibles), y un valor fijado teniendo en cuenta el precio por acción establecido para el Sales Facility conforme después se indica.

Tal y como se recoge en la Nota sobre los Valores, Liberbank ha decidido poner a disposición de los titulares de las nuevas acciones tras la oferta de recompra, y con carácter previo a la admisión a negociación de las acciones, un sistema para facilitarles una venta de forma ordenada de las acciones que reciban tras la oferta de recompra (el "Sales Facility"). En el marco del Sales Facility, se fijará un rango de precios indicativo de venta, así como un precio definitivo, que vendrá determinado por las indicaciones recibidas durante el periodo "book-building", que se basa en la prospección con inversores cualificados del precio al que estarían dispuestos a adquirir acciones de Liberbank.

Los beneficiarios serán los clientes del Grupo Liberbank titulares de las nuevas acciones y obligaciones convertibles entregadas a los titulares de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en la

oferta de recompra voluntaria realizada por Liberbank al amparo de Nota sobre los Valores, así como en la recompra obligatoria desarrollada por el FROB, excluyendo los inversores no minoristas. Por tanto, únicamente tienen derecho a adherirse al Plan los inversores minoristas clientes del Grupo Liberbank.

La adhesión al Plan de Fidelización se realizará por el beneficiario en el plazo que comenzará el 6 de Mayo de 2.013 a las 9.00 horas y que finalizará el 21 de Junio de 2.013 a las 14.30 horas. La adhesión se entenderá con carácter firme, incondicional e irrevocable.

La adhesión al Plan se configura, en todo caso, como voluntaria para los beneficiarios.

Asimismo, la adhesión podrá cursarse únicamente respecto de la totalidad de los títulos (acciones y/u obligaciones convertibles) de los que sea titular cada beneficiario tras la oferta de recompra voluntaria y obligatoria sobre los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.

Los beneficiarios del Plan que deseen aceptar el Plan deberán acudir, dentro del plazo de adhesión, a una oficina de Liberbank al objeto de formalizar la documentación necesaria.

DECIMO SEGUNDO.- En definitiva y, como corolario de cuanto se ha dejado expuesto en los Fundamentos de Derecho que anteceden al presente, ha de concluirse significando con la puesta en valor de los siguientes extremos que justifican la decisión que se adopta en la Parte Dispositiva de la presente Resolución:

En primer término, que la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación y de prácticas abusivas que ha sido ejercitada en la Demanda carece de objeto.

En segundo lugar, que no se trata de una carencia sobrevenida de objeto (y, por tanto, no es de aplicación el artículo 22 de la Ley de la Enjuiciamiento Civil), dado que en el momento de la interposición de la Demanda la pretensión de cesación ya carecía de objeto por dos motivos: de un lado, porque no se había vuelto a comercializar a clientes minoristas el producto financiero controvertido (deuda u obligaciones subordinadas) y, de otro, porque no existía deuda subordinada por la recompra vinculante (es decir obligatoria) de las emisiones de obligaciones subordinadas y su posterior canje por acciones nuevas de Liberbank, S.A..

En tercer lugar, que la carencia de objeto de la acción de cesación afecta a los presupuestos intrínsecos de la pretensión y, por tanto, no constituye una excepción procesal, sino un motivo de fondo que, al concurrir, condiciona decisivamente la desestimación de la Demanda.

En cuarto lugar, que, con las consideraciones expuestas en relación con el objeto y finalidad de la Ley 9/2.012, de 14 de Noviembre, de Reestructuración y Resolución de entidades de créditos, de la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 5 de Abril de 2.013, y del el Plan de Fidelización, aprobado para Caja Extremadura el 30 de Junio de 2.013, resulta, en una exégesis racionalmente lógica, que no existe riesgo, objetivamente apreciable, de que las conductas que la

parte actora califica como de abusivas en relación con la comercialización de obligaciones subordinadas a clientes minoristas se reiteren en el futuro, y menos aun de forma inmediata ni a través de otros instrumentos financieros.

En quinto lugar, debe destacarse que no es lo mismo la declaración judicial de abusividad de una determinada condición, cláusula o práctica financiera a los efectos de la acción individual de nulidad del contrato (que se conforma como un control específico y concreto), que esa misma declaración judicial de abusividad, pero a los efectos de la acción de cesación (que es un control abstracto), y que es el que se ha ejercitado en este Proceso, de tal manera que la desestimación de la Demanda iniciadora de este Juicio no condiciona ni vincula lo más mismo las decisiones que pudieran adoptarse en los Procesos que se interpongan y articulen con fundamento en Demandas individuales sobre nulidad contractual de los concretos productos o instrumentos financieros que, en su caso, se hubieran comercializado y, por consiguiente, contratado con clientes minoristas.

En sexto lugar y, abundando en el planteamiento expuesto en el párrafo anterior, conviene insistir en el hecho de que, incuestionablemente -a criterio de este Tribunal-, la acción colectiva de cesación ha perdido su objeto antes de la interposición de la Demanda, mas ello no constituye obstáculo alguno (ni supone ningún tipo de determinación condicionante) -insistimos- para que pueda declararse la nulidad de la condición, cláusula y/o práctica que pudiera considerarse abusiva con motivo del ejercicio de la acción individual de nulidad del contrato (las concretas órdenes de compra de deuda subordinada), que, de hecho ya se están planteando, prueba de lo cual son el conjunto de Sentencias que ha aportado la parte actora apelada junto con su escrito de Oposición al Recurso de Apelación, con fundamento en Demandas individuales que persiguen -entre otros pronunciamientos- la declaración de nulidad de los productos financieros contratados (órdenes de compra de obligaciones subordinadas) por error o dolo como vicio del consentimiento. Con el máximo rigor, la tacha de abusividad que fundamenta, tanto la acción de cesación, como las acciones individuales de responsabilidad contractual, es, esencialmente, la misma, sin embargo la naturaleza, esencialidad, objeto y alcance de una y otra de las referidas acciones es diametralmente diferente, de tal modo que, en la acción individual, el control de abusividad se ciñe a cada específico contrato, y, en la acción de cesación, el control es abstracto, con los efectos propios que, de la misma, irradian.

De este modo y, en séptimo lugar, con el ejercicio de la acción colectiva de cesación se ha pretendido la declaración de nulidad de unas condiciones generales y/o prácticas calificadas de abusivas que ya no existen, ni existe riesgo de reiteración en el futuro por la intervención de la Administración Pública, que se ha definido en los Fundamentos de Derecho precedentes. La consecuencia "natural" de esta acción de cesación es preventiva, o, lo que es lo mismo, debe desplegar sus efectos "a futuro"; esto es, que cese la aplicación de una condición general o el uso de una práctica que se esté ejecutando, no que haya ya cesado cuando se interpuso la Demanda, salvo que existan indicios mínimamente constatables, verosímiles y con una clara presunción de certeza de que se reiterarán en un futuro inmediato; y, de

hecho, tanto la Ley, como la Jurisprudencia que, con anterioridad, se ha examinado, solo contemplan su aplicación a conductas ya ejecutadas (pasadas) si existe un riesgo tangible de su reiteración en el futuro. Por tanto, si se demuestra que ese riesgo no existe (como sucede en el presente caso); hasta el extremo de que no solo a través de indicios, sino mediante prueba directa, se acredita lo contrario, no cabe duda -decimos- de que el ejercicio de la acción colectiva de cesación no resulta pertinente. En este sentido, debe destacarse que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en ningún momento ha establecido que, en todos los casos, la acción de cesación fuera procedente aun cuando la conducta ya no se realizara o se hubieran dejado de aplicar las cláusulas controvertidas; sobre todo cuando los Recursos en los que, sobre tal problemática, se ha pronunciado el Alto Tribunal contemplaban supuestos de hecho radicalmente distintos al que es objeto de examen en este Proceso. Es decir, no se está -como ya se ha dicho- en el caso de que la entidad financiera haya realizado una mera manifestación unilateral de voluntad de cesar en la utilización, en sus productos financieros, de una determinada condición general o en la de cesar en una determinada práctica en la comercialización de esos mismos productos, sino que ha sido la Administración General del Estado quien ha impuesto, de manera vinculante y obligatoria, a la entidad bancaria la práctica de una concreta acción de gestión financiera al objeto de eliminar la comercialización del tan repetido producto, e incluso el mismo producto o instrumento financiero, en clientes minoristas.

En octavo lugar, ha de reiterarse que la propia esencia intrínseca de la acción de cesación determina su aplicación preventiva y a futuro, no a situaciones pasadas, no existentes en el momento de la interposición de la Demanda, como tampoco cuando la condición no se aplique, en la medida en que, en estos casos, el efecto natural de la acción (es decir, que cese tal conducta) no puede producirse, sin perjuicio de que sea necesario acreditar en debida forma que no existen indicios fundados de riesgo de que tales conductas pudieran reiterarse en el futuro inmediato. En el presente caso, no existen indicios (de ninguna clase) de tal reiteración, sino que, antes al contrario, existe prueba objetiva y evidente demostrativa de que no se reiterarán en el futuro por la intervención, como decimos, de la Administración General del Estado a través de la Dirección General del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, en la forma que ya ha sido explicitada.

Entendemos, en suma y en noveno lugar, que se ha sometido a la consideración de esta Sala un supuesto especialísimo en el que, sobre la pretensión opositora sobre la carencia de objeto, la Sentencia recurrida ha desarrollado una motivación, formalmente correcta, pero dable de calificarse de superficial en relación con la naturaleza y objeto de la acción colectiva de cesación aplicada al singular supuesto que se examina, tratándose, al contrario, de una cuestión de intenso calado porque afecta a la naturaleza propia y genuina de la acción de cesación y que, por tanto, requiere y demanda un examen detenido, suficientemente detallado y con la necesaria profundidad jurídica, que pasa (y así lo hemos entendido en la presente Resolución) por el análisis del producto financiero, de la naturaleza singular de esta acción, y de las circunstancias que han determinado el que pueda aseverarse, sin riesgo de equivocación, que, con anterioridad a la presentación de la Demanda, ya no se utilizaban las condiciones generales y prácticas controvertidas, y que la deuda subordinada comercializada a clientes minoristas en las emisiones

señaladas por la parte actora en la Demanda (las de los años 2.002, 2.004 y 2.005), ni en ninguna otra, ya no existan cuando se interpuso la Demanda; hecho que, por otro lado, no ha resultado contradicho con una mínima solidez, ni en la Sentencia recurrida, ni por la parte actora apelada en su Escrito de Oposición al Recurso de Apelación.

Finalmente y, en décimo lugar -aun a riesgo de que pudiera resultar repetitivo-, debe insistirse en que no se atisba temor alguno de reiteración de las conductas que se censuran en la Demanda dada la intervención de la Administración General del Estado sobre este tipo de productos financieros. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria realizó una actividad de gestión para eliminar la deuda subordinada (mediante la imposición de una recompra vinculante de las emisiones de deuda subordinada y su posterior canje en Acciones nuevas de Liberbank, S.A.) y Liberbank, S.A. intentó maximizar tales condiciones con un Plan de Fidelización con mejores condiciones. Ello no significa, sin embargo, que esta actuación suponga la satisfacción del cliente minorista si, aun con tal actividad de gestión, no recupera el 100% de la inversión realizada. Por este motivo, puede aparecer justificada la interposición de acciones individuales de nulidad contractual por vicio en el consentimiento, ante condiciones y prácticas abusivas en perjuicio del consumidor, que es aquella cuyo ejercicio resulta procedente (con independencia de cual pudiera ser su resultado), pero en ningún caso -por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho precedentes- se justifica la acción de cesación dada la ausencia de los presupuestos necesarios que la caracterizan.

El acogimiento del tercero de los motivos del Recurso conduce, indefectiblemente, a la íntegra desestimación de la Demanda; y, por razones evidentes, la referida estimación del motivo hace innecesario el examen del resto de los esgrimidos por la parte apelante en el Escrito de Interposición del expresado Recurso.

DECIMO TERCERO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la estimación del Recurso de Apelación interpuesto, y, en su consecuencia, la revocación de la Sentencia que constituye su objeto en los términos que, a continuación, se indicarán.

DECIMO CUARTO.- Estimándose el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el *apartado 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Aun cuando la Demanda será íntegramente desestimada como consecuencia del acogimiento del Recurso de Apelación interpuesto, procede el mismo pronunciamiento en cuando a la condena en las costas de la primera instancia en aplicación del inciso final del primer párrafo del *apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al considerar este Tribunal que el supuesto enjuiciado es susceptible de presentar dudas, serias y razonables, jurídico-interpretativas, que exigen la aplicación de la excepción a la regla general del vencimiento objetivo que, en cuanto a la condena en las costas de la primera instancia,

establece el referido precepto; por lo que, también en este caso, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Que, estimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **LIBERBANK, S.A.** contra la *Sentencia 186/2.013, de cinco de Diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres* en los autos de Juicio Verbal seguidos con el número 438/2.013, del que dimana este Rollo, debemos **REVOCAR y REVOCAMOS** la indicada Resolución; y, en su lugar, con desestimación de la Demanda deducida por la representación procesal de **ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)** contra **CAJA DE EXTREMADURA** (hoy integrada en **LIBERBANK, S.A.**), debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a la indicada demandada de los pedimentos contenidos en el Suplico de la misma; todo ello sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas causadas, tanto en la primera instancia, como en esta alzada, de modo que, en ambos casos, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la *Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009* , en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.

Roj: SAP VI 183/2013 - **ECLI:**ES:APVI:2013:183

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Vitoria-Gasteiz

Sección: 1

Nº de Recurso: 283/2013

Nº de Resolución: 291/2013

Fecha de Resolución: 09/07/2013

Procedimiento: CIVIL

Ponente: EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Consumidores y usuarios. Cláusulas abusivas. Diferencias entre la acción de cesación y la acción individual de nulidad con petición accesoria de devolución. Contrato de préstamo. Cláusula suelo. Aplazamiento del juicio.

cf1Resumen:

parLa aparición de una nota de presenta que anuncia una sentencia del TS en una determinada materia no es motivo para el aplazamiento del juicio o de la resolución del litigio hasta que se conozca en contenido de la misma. La Sala precisa que la acción ejercitada es la individual de nulidad de una cláusula por abusiva, y no la de cesación, y precisa las diferencias entre ellas, en cuanto a legitimación, contenido, efectos y duración. Se aplica la doctrina sentada en la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo. Dicha cláusula afecta a un elemento esencial del contrato, pero ello no le priva de ser una condición general de contratación, y en el caso no resiste en control de transparencia por la irregular incorporación al contrato, pues no se aprecia que el cliente percibiera que era una cláusula que define un elemento esencial del contrato, aunque haya sido planteado como falta de información. Es posible el control del eventual carácter abusivo de cláusulas limitativas del tipo de interés, y la de autos merece tal calificación. La nulidad de la cláusula de lugar a la devolución de los intereses.par

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección/Atala: 1ª/1.

AVENIDA GASTÉIS 18-2ª planta-C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G./IZO: 01.02.2-12/009304

A.p.ord L2/ 283/2013

O. Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de lo mercantil nº 1 Vitoria / Gasteizko 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de 423/2012 (e) ko autoak

Recurrente/Errekurtsogilea: LIBERBANK SA. (CAJA DE AHORROS DE EXTRAMADURA)

Procurador / Prokuradorea: Da CARMEN CARRASCO ARANA

Abogado/Abokatua: D. CARLOS RUBIO VALLINA

Recurrido / Errekurritua: D. Santiago

Procurador / Prokuradorea: D. JOSÉ IGNACIO BELTRÁN ARTECHE

Abogado/Abokatua: D. DIEGO ZABALLOS GARCÍA

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrados, ha dictado el día nueve de julio de dos mil trece

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 291/13

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 283/13, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 423/12, ha sido promovido por la LIBERBANK S.A. (CAJA DE AHORROS DE EXTRAMADURA), representada por la Procuradora de los Tribunales D^ª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, asistida del letrado D. CARLOS RUBIO VALLINA, frente a la *sentencia de 3 de abril de 2013* . Es parte apelada D. Santiago , representado por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ IGNACIO BELTRÁN ARTECHE, asistido del letrado D. DIEGO ZABALLOS GARCÍA. Actúa como ponente el Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el *Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria* se dictó el tres de abril de 2013 sentencia enjuicio ordinario n° 423/12 cuya parte dispositiva dice:

"Estimar la demanda presentada por el Procurador Sr. JOSÉ IGNACIO BELTRÁN ARTECHE, en nombre y representación de D. Santiago , contra LIBERBANK S.A (CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA) y acordar:

1. Declarar la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la estipulación que establece en los contratos de préstamo de que se deriva la presente demanda (NUM000 - NUM001 - NUM002), el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un "suelo" establecido y cuyo contenido literal es: "TIPO MÍNIMO DE INTERÉS: 4,25 % NOMINAL ANUAL ".

2. Condenar a LIBERBANK SA (CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA) a la devolución al prestatario de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula, en concreto: A) A D. Santiago por el contrato de préstamo n° NUM000 , la cantidad de 8.233,13 euros. B) A D. Santiago por el contrato de préstamo n° NUM001 , la cantidad de 6.466,93 euros. C) AD. Santiago por el contrato de préstamo n° NUM002 , la cantidad de 2.283,31 euros, así como las que se vayan devengando desde el mes de junio de 2.012 hasta que se dicte sentencia.

3. Condenar a la demandada al pago de los intereses legales calculados desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta el día del pago y

4. Condenar a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de LIBERBANK S.A. (CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA), alegando:

1.- Con carácter previo, que no se tuvo en cuenta la nota de prensa de 20 de marzo de 2013 en la que el gabinete de comunicación del Tribunal Supremo daba a conocer el sentido de la ulterior sentencia sobre cláusulas suelo.

2.- Infracción legal por no haberse tenido en cuenta la doctrina que concreta el pleno del Tribunal Supremo en su *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012* , pues entiende que la previsión de suelo no es condición general sino esencial del contrato, como es el precio.

3.- Infracción legal por considerar que el pacto de limitación inferior o superior del interés no es condición general, sino parte esencial del contrato suscrito, de modo que no puede verse afectada por el art. 8 y 9 LCGC

4.- Incorrecta valoración de la prueba por haber alcanzado el cliente completo conocimiento de la cláusula suscrita, su existencia y eficacia.

5.- Infracción de la doctrina de la reciprocidad y justo equilibrio de las prestaciones, que entiende no aplicable al caso discutido, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con interés variable limitado hacia arriba y abajo.

6.- Infracción de la jurisprudencia que considera que si una cláusula suelo no se aplica no hay que reintegrar el importe reclamado por efecto de su aplicación durante la vida del contrato, dispuesta por la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012* .

TERCERO.- El recurso se tuvo por interpuesto, una vez subsanada la omisión de abono de tasa judicial y de constitución de depósito para recurrir, mediante resolución de 15 de mayo, dándose el correspondiente traslado a la otra parte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D. Santiago escrito de oposición al recurso presentados de contrario, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 13 de junio se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

QUINTO.- En providencia de 17 de junio se acordó citar para deliberación, votación y fallo el día 2 de julio.

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Sobre los hechos probados

Del conjunto de medios probatorios practicados se desprende, sin que haya habido discrepancia de las partes al respecto:

1.- D. Santiago , vecino de Murgia (Álava), compró tres viviendas en construcción en Cáceres a BASE ÁTICA S.L., subrogándose en el préstamo con garantía hipotecaria que ésta había suscrito para propiciar su construcción el día 16 de marzo de 2007, en la que se había convenido un tipo de interés con referencia al Euribor más 0,75 %, con tipo máximo de interés del 12 % y mínimo del 2,65 %.

2.- El préstamo en el que se subrogó había sido otorgado por Caja Extremadura, en la actualidad Liberbank S.A., ampliando su importe en todos los casos respecto del precio pendiente de pago, en la notaría del Sr. Lozano Galán.

3.- El primer contrato de préstamo con garantía hipotecaria (nº NUM000), correspondiente a la finca NUM003 de la promoción del constructor, recogía tras la ampliación un saldo a pagar de 151.500 €, acordándose como remuneración el tipo de interés del Euribor más 0,65 %, con un tipo máximo del 12 % anual y un tipo mínimo de interés en amortización del 4,25 %.

4.- El segundo contrato de préstamo con garantía hipotecaria (n° NUM001), correspondiente a la finca NUM004 de la promoción del constructor, recogía tras la ampliación un saldo a pagar de 119.000 €, acordándose como remuneración el tipo de interés del Euribor más 0,65 %, con un tipo máximo del 12 % anual y un tipo mínimo de interés en amortización del 4,25 %.

5.- El tercer contrato de préstamo con garantía hipotecaria (n° NUM002), correspondiente a la finca NUM005 de la promoción del constructor, recogía tras la ampliación un saldo a pagar de 119.500 €, acordándose como remuneración el tipo de interés del Euribor más 0,65 %, con un tipo máximo del 12 % anual y un tipo mínimo de interés en amortización del 4,25 %.

6.- Este tercer contrato deja de surtir efecto entre las partes en julio de 2010 al enajenarse la vivienda a un tercero.

7.- Como consecuencia de la aplicación de la cláusula que dispone el tipo mínimo de interés en amortización en el 4,25 % anual en los tres contratos, D. Santiago abonó interés por encima del Euribor más 0,65 % por importe de 8.223,13 € en el caso del préstamo por la vivienda n° NUM003 ; 6.466,93 € en el caso del préstamo por la vivienda n° NUM004 ; y 2.283,31 € en el caso de la vivienda n° NUM005 .

SEGUNDO.- Sobre la cuestión previa

La parte recurrente reprocha la actitud tomada por el juzgado al resolver la sentencia sin tener en cuenta la nota de prensa de 14 de marzo de 2013 emitida por el Tribunal Supremo, e incorporada a autos (folios 626 y 627 del Tomo II de los autos). Se califica la posición del Juzgado de cómoda y se asegura "ninguneada" la prueba documental que se aportó tras ser reclamada por la otra parte. En definitiva, se discrepa del parecer de la instancia sobre la ponderación de la prueba documental disponible.

Si las consideraciones señaladas van en el sentido de discrepar sobre la valoración de la prueba, habrán de analizarse en cada uno de los motivos en que se sustenta el recurso. Pero no es posible, ni siquiera con carácter previo, pretender que ha habido alguna actuación censurable por tener o no en cuenta una nota de prensa del gabinete correspondiente del Tribunal Supremo, que como es notorio, no constituye fuente del derecho conforme al *art. 1 del Código Civil (CCv)*, ya que la jurisprudencia a la que alude su apartado 6 se genera con resoluciones judiciales que de modo reiterado dicte nuestro máximo órgano jurisdiccional.

No se comparte que el contenido de una nota de prensa justifique el aplazamiento del juicio o la resolución de este litigio, de modo que sin perjuicio de ponderar las razones que expone la parte recurrente sobre la valoración de la prueba, no se acogen los reproches que se formulan con carácter preliminar.

TERCERO.- Sobre la *STS de 9 de mayo de 2013* y su influencia en este litigio

La parte recurrente plantea, a continuación, que no se han tenido en cuenta los datos que avanzó el Tribunal Supremo el 20 marzo de 2013 mediante una nota de prensa que avanzaba el contenido del fallo

que luego expresa la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, dictada por el pleno. Para resolver sobre tales consideraciones habrá que delimitar cual es el objeto del presente litigio, con el fin de situar correctamente los términos de la discrepancia.

La demanda que plantea la parte hoy apelada se sustenta en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), pues el actor pretende la nulidad por abusiva de la que denomina "cláusula suelo" conforme al *art. 8 de tal norma, que se remite a la Ley 26/1994, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, hoy refundida por el RDL 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 y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Ya tuvimos ocasión de aclarar este extremo en el AAP Álava, Secc. 1ª, de 7 de mayo de 2012, rec. 95/2012, al revocar la decisión del Juzgado Mercantil que se declaraba incompetente para conocer de la acción que ahora se ha estimado.

Debe insistirse sobre el particular, porque el demandante en la instancia planteaba la nulidad de una condición general, persiguiendo el efecto que dispone el art. 9 LCGC, que señala que la "sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato...". Es decir, pretende que la condición sea declarada abusiva conforme al RDL 1/2007, extrañar del contrato el límite inferior del interés, y como consecuencia de la nulidad, reclama la devolución de cuanto ha percibido la entidad prestamista al exigir un interés que, en su opinión, no podía operar al 4,25 %, sino al Euribor más 0,65 %.

La aclaración es esencial porque la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, resuelve sobre una acción diferente, la de cesación que regulan los arts. 12.1 y 2 LCGC, es decir, la que "se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz". Como se aprecia, el caso resuelto por el Tribunal Supremo en el asunto que cita la parte recurrente, pretende que la condición general se repute nula y la condena a los demandados a dejar de utilizarlas "...en lo sucesivo". La decisión judicial despliega sus efectos hacia el futuro, porque el diseño legal de la acción de cesación así lo configura.

Las acciones ejercitadas son distintas en el caso resuelto por el Tribunal Supremo y el aquí planteado. Su régimen jurídico diverso, aunque contenido en la misma norma. Desde luego que los efectos podrían haber sido parejos, puesto que el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC permite que se acumule a la acción de cesación "como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones". Pero la demanda no plantea, vistos los términos de su solicitud que aparecen en el antecedente de hecho primero de la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, la acción accesoria de devolución de cantidad, como sucede en la acción de nulidad que ejerce el actor del procedimiento, parte apelada de este rollo de apelación.

Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el art. 16 LCGC, es decir asociaciones y ministerio fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (art. 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto "en lo sucesivo" (art. 12.2 LCGC), mientras que con el art. 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato.

Finalmente es diferente la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro ("en lo sucesivo" dice el art. 12.2 LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo. Así lo aclara en las precisiones sobre la irretroactividad de su fallo que hace la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, en cuyo Fundamento Jurídico 17, apartado 2.4, párrafos 293 y ss, analiza "la irretroactividad de la sentencia", y comienza diciendo "en el caso enjuiciado". Se refiere, por lo tanto, al fallo que contiene, no a otros supuestos. Además el apartado k del párrafo 293 dice "k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves...", que además de aludir a esa sentencia, y no a otros casos, impide su aplicación al de autos, en el que poco riesgo genera a una entidad bancaria o a la economía nacional el modesto importe reclamado. En el párrafo 294 dice la sentencia del Tribunal Supremo "Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia...", lo que determina que el punto 10 del fallo disponga "Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia...". Cuando se predica "presente" del sustantivo "sentencia" sólo puede concluirse, como ya ha anticipado el Tribunal Supremo durante todo el fundamento, que la declaración de falta de retroactividad se refiere al fallo, pues el art. 12.2 LCGC señala que la acción de cesación supone que las condiciones nulas no podrán usarse "en lo sucesivo".

En definitiva, acciones contempladas en la misma norma, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la de cesación que analizó el Tribunal Supremo en la sentencia tantas veces mencionada, tiene una legitimación activa restringida, es imprescriptible y surte efectos sólo hacia el futuro, pues su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una previsión contractual. Nada de eso acontece en el caso aquí analizado, en el que se ejercita una acción distinta, por un legitimado diverso, en un plazo diferente y con un resultado ajeno al que señalaba la tantas veces citada *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*. Lo demás, que atañe a la posibilidad de matizar en el caso concreto las consecuencias de la nulidad, procede analizarlo, si procediera, al abordar esa cuestión.

Todo ello determina la desestimación del reproche de que el juzgado no tuviera en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues lo hace en la medida que es aplicable.

CUARTO.- Sobre la consideración de condición general del pacto de limitación del interés variable

Argumenta el demandante extensamente, de nuevo con apoyo en la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, y citando también la *STS de 18 de junio de 2012, rec. 46/2010*, que el pacto de limitación inferior o superior del interés no es condición general, sino parte esencial del contrato suscrito, de modo que no puede verse afectada de la tacha de abusividad que previene el art. 8 y 9 LCGC.

El argumento se sostiene en que este tipo de cláusulas deben estar incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, incorporándose al contrato como parte del precio. Las previsiones de un tipo máximo y mínimo de interés fijan según la parte apelante, el marco de fluctuación del precio, como ocurre cuando se opta por un interés variable que lógicamente está sujeto a las oscilaciones y riesgos del mercado libre. De todo ello concluye la recurrente que las cláusulas no son de carácter accesorio y no constituyen condición general de la contratación, pues son un factor de determinación del precio del contrato, decisivo a la hora de decantar la voluntad de quien contrata, argumentos que además sostiene en el informe del Banco de España sobre este tipo de cláusulas.

Toda la argumentación pretende negar, atendiendo a la función que cumple la condición general, la aplicación del art. 1 LCGC, que afirma "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". En el caso que se analiza, el préstamo con garantía hipotecaria que otorga Caja Extremadura, hoy Liberbank, contiene una previsión predispuesta, que no ha redactado el cliente sino que se reitera en una pluralidad de contratos. En autos se aportan hasta tres, y no se niega por la recurrente su aplicación en otros. Ya advierte la norma que es irrelevante su autoría, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias, porque lo esencial es que se han predispuesto y operan en una pluralidad de contratos, hechos que fueron reconocidos por la demanda al contestar y admitir que usa este tipo de cláusulas que limitan la fluctuación del interés variable hacia arriba y abajo.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el precepto citado, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o consumidor; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos.

En el caso que se analiza en este juicio concurren tales características. La cláusula cuya nulidad se solicita se incorpora en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que sirven para adquirir los inmuebles sitios en Cáceres. Las cláusulas están predispuestas porque su redacción es semejante en todos los contratos aportados. Se ha impuesto su inclusión para la concesión del préstamo, en tanto que la entidad bancada no ha acreditado que ofreciera el mismo u otro tipo de interés para remunerar el préstamo.

Finalmente, se aplica a una generalidad de contratos, como evidencia que afecte a todos los aportados y no se haya alegado lo contrario por la entidad apelante.

Por otro lado, cuanta doctrina se recoge en el recurso sobre la naturaleza esencial de la cláusula, por oposición a la consideración de condición general de la contratación, no puede ser acogida porque no es incompatible que ésta opere en un elemento esencial del contrato. Así lo han declarado la *STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08* -, la *STS 4 de noviembre de 2010, rec. 982/2007* (sobre el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo), y en la reciente *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012* , esgrimida por la parte recurrente, que concluye al respecto en el párrafo 144 del FJ 7º: "El hecho de que [las condiciones generales de contratación] se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo".

Por lo tanto, que la cláusula discutida, conocida como "suelo" cumpla como función determinar un elemento esencial del contrato, la remuneración del préstamo mediante un interés variable que se limita con un mínimo y un máximo, no le priva de la consideración de condición general de la contratación en el sentido que dispone la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Por ello el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Sobre el conocimiento del cliente

Plantea también la recurrente que la parte apelada conoció la realidad de la cláusula porque tras subrogarse en la hipoteca que había tomado la constructora, luego reclama su novación al prestamista, lo que evidencia que sabía de la controvertida cláusula. Se asegura también que en este caso no se da la situación de "falta de transparencia" a que alude la tantas veces citada *sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012* .

El recurrente se refiere por ello al control de inclusión de la cláusula controvertida, distinto del control de contenido que pueda determinar su abusividad. En cuanto al primero de esos controles, es preciso que se supere el doble filtro al que aluden los párrafos 209 y ss de tal sentencia. Es decir, además de atender la exigencia de una oferta vinculante que dispone la OM de 5 de junio de 1994, que se asegure su comprensión, claridad y sencillez en el sentido que señala el art. 80.1 de la ley protectora de los consumidores, la transparencia documental (210) que "permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

El documento aportado por la recurrente, folio 619 del Tomo II de los autos, en el que expresa el tipo de interés, cumple el primer filtro. Las diferencias se centran en el segundo, que la entidad bancaria considera concurrente porque asegura hubo negociación específica de esta materia. La prueba al respecto

es siempre compleja, pero a la vista del *art. 217.7 de la Ley 1/2000*, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que establece la carga a quien tiene mayor disponibilidad y facilidad probatoria, corresponde a la entidad financiera, en cuyas oficinas se negociaron las condiciones, que pudo aportar la documentación ofrecida al cliente, las eventuales ofertas alternativas de interés fijo o variable sin límites o con una limitación diferente, y cualquier otro dato que permitiera constatar que efectivamente hubo una negociación específica. No es suficiente, como se argumenta, con que el cliente supiera que tenía que subrogarse en la hipoteca del constructor, pues no intervino ni en la negociación ni en la fijación de las condiciones que aquél dispuso.

Insiste la apelante que la escritura de novación posterior evidencia que hubo tal negociación y conocimiento, puesto que se modifica el diferencial que se había pactado con el constructor, en cuyo préstamo se subroga. Ciertamente la novación se produjo, afectó al diferencial añadido al índice de referencia, que se disminuye del 0,75 % al 0,65 %, y se modifica el suelo, resultando inexplicable que en perjuicio del cliente se eleve del 2,65 % al 4,25 %. Pero además se modificó el importe del préstamo, que se amplía, lo que constituyó el elemento fundamental de negociación según el cliente. Parece realmente que fue así puesto que los cambios son idénticos en los tres préstamos pero diferentes las cuantías, de modo que puede considerarse acreditado que efectivamente el punto esencial de la negociación fue la ampliación del importe de la cuantía prestada, que ya no era sólo la pendiente de abono por la constructora-vendedora, en la que se subrogaba el adquirente, sino la nuevamente dispuesta.

En ese contexto, que variara el diferencial o el suelo puede considerarse por el consumidor como consecuencia necesaria de su preocupación esencial, que es obtener la ampliación del importe del préstamo, de modo que ha de aplicarse la doctrina que, entre otras muchas, contiene la *STJUE de 21 de febrero de 2013*, C-472/11 caso Banif, pues al margen de que niegue la otra parte la recepción de la oferta vinculante, no facilita una perfecta comprensión de cómo operan los topes. En el caso de la escritura es complejo constatar la existencia de una previsión contractual insertada entre tan abundantes previsiones contractuales como la duración del contrato, amortización anticipada, tipo de interés ordinario aplicable, comisión por amortización anticipada, comisión por cambio de entidad acreedora, comisión por modificación de las condiciones del préstamo o su garantía, situación posesoria, arrendaticia y de gastos de comunidad, referencia catastral, edificio del que forma parte, régimen de propiedad horizontal, solicitud fiscal, presentación al registro de la propiedad o cláusula de protección de datos. Lo señala el *parágrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, cuando expresa que estas previsiones "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

Tampoco se aprecia, de todo lo expuesto, que el cliente realmente percibiera que ésta era una cláusula que define el objeto principal del contrato "...que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (*parágrafo 213 de la sentencia citada*).

Aunque la sentencia apelada no resuelve teniendo en cuenta tal doctrina, sino la que se refiere al carácter abusivo de las condiciones en que se pacta la cláusula, no impide apreciar que los criterios que apunta esa resolución concurren en el caso de autos, de modo que podría sustentar la pretensión de nulidad por falta de transparencia, que el demandante planteó argumentando la falta de información facilitada.

SEXTO.- Sobre el control del carácter abusivo del suelo pactado

La médula de la declaración de nulidad que contiene la sentencia es la falta de reciprocidad y proporcionalidad que atenta a la buena fe porque, aunque sea reducir al mínimo la amplia explicación de la motivada sentencia apelada, se considera concurre falta de reciprocidad y justo equilibrio en las prestaciones, cuando se dispone como límite mínimo al interés variable una "cláusula suelo" muy elevada (4,25 %), con grandes probabilidades de operar, emparejándola con un límite máximo también muy alto (12 %), "cláusula techo", de muy improbable aplicación.

La sentencia recurrida aprecia nulidad por entender, conforme al art. 8.2 LCGC, que la cláusula merece la consideración de abusiva según la norma que protege a consumidores y usuarios, porque la diferencia entre techo y suelo "...produce un desequilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, pues por una parte mientras que la cláusula suelo se ha activado en numerosas ocasiones durante la vida del préstamo, no así la cláusula techo..." (FJ 3º).

La parte recurrente argumenta contra tal consideración judicial que no se ha vulnerado el *art. 82 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*. Su apartado 4 consideraba abusivas las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90 "determinen la falta de reciprocidad en el contrato". Recuerda la apelante los requisitos precisos conforme al art. 80.1 TRLGDCU, es decir, que no se haya negociado, que sea contraria a la buena fe y que cause un desequilibrio importante, y concluye que todos los requisitos se atienden.

Partiremos de la misma premisa que sostiene la sentencia impugnada y que la apelante también admite: los pactos que fijan límites superior e inferior al interés variable son admisibles y no contrarían en sí mismos la buena fe ni vulneran los límites que establece el art. 1255 CCv. Resulta baldía la insistencia al respecto de la parte recurrente, pues la sentencia recurrida admite la posibilidad del pacto y nada reprocha al respecto.

Otra cuestión a aclarar deriva de la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, que en su párrafo 257 dispone que "No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-", añadiendo en el 258 que podría ser lícita la existencia de un suelo sin techo. Como se dijo en el anterior fundamento, además del control de inclusión de la cláusula, es posible un control de su contenido, con el fin de ponderar si es o no abusiva.

Este segundo tipo de control de contenido, distinto al de inclusión que analizó la señalada sentencia del Tribunal Supremo, está previsto en la propia normativa que permitió esta cláusula, contenida en la ya citada OM de 5 de junio de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios (BOE de 11 de mayo de 1994), donde se establece que "... cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja... ", como es el caso, el Notario autorizante tiene la obligación de advertirlo a las partes y de dejar expresa constancia en la escritura (art. 7.2.c), advertencia y constancia que no aparecen en las de autos.

Por otro lado, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, autoriza a los estados miembros a no adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato. España no ha usado tal opción, como recordó la *STJUE de 3 de junio 2010 (C-484/08), caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, que declara nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad. La misma directiva incluye entre sus considerandos la obligación de los profesionales que predisponen cláusulas generales la de "cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta". Tal recordatorio es preciso porque la citada sentencia autoriza al juez nacional, en particular al español (parágrafo 41), a sopesar la desproporción de las cláusulas del contrato suscrito con un consumidor, pues dice su parágrafo 42 "En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

Finalmente, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo permite realizar un control de equivalencia de las prestaciones en sus *STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 de diciembre de 2010, rec. 1074/2007*, que declararon nulas las cláusulas "de redondeo". La última de ellas expresa al respecto en su Fundamento Jurídico Quinto que "la *Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2.010*, núm. 663, declaró abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los *artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio*, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

En definitiva, atendiendo a las exigencias de la directiva señalada, a nuestro propio ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y considerando que la cláusula litigiosa se inserta en un contrato entre consumidor y un profesional, sin que conste negociada individualmente, refiriéndose al objeto del principal de dicho contrato, como es el

interés a abonar por el préstamo recibido, es posible el control del eventual carácter abusivo de cláusulas limitativas del tipo de interés como la que se analizan en el caso de autos.

SÉPTIMO.- Sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo

Como se dijo, el juzgado considera en la sentencia recurrida que hubo desproporción, falta de reciprocidad y vulneración del justo equilibrio de las prestaciones que justifica que, por vulnerar la buena fe, se declare el carácter abusivo de la cláusula de limitación inferior, en relación a la superior, de las oscilaciones del tipo de interés variable más 0,65 % que se convino en el contrato.

En cuanto al desequilibrio, argumenta la entidad recurrente que se refiere a una "reciprocidad obligacional", propia de los contratos bilaterales en la que la obligación de una de las partes se corresponde con la obligación del otro contratante. Afirma que el contrato de préstamo es real y unilateral y que sólo el prestatario asume obligaciones: devolver el dinero y pagar las obligaciones. Si el prestatario acepta el precio, dice el recurrente que admite la mutabilidad al alza y baja con los límites estipulados, de manera que no padece el equilibrio al que alude el *art. 82.1 del actual RDL 1/2007* . Entiende la apelante que aceptado un precio la mayor o menor onerosidad no supone desequilibrio de las prestaciones ni de la recíproca obligación de la otra parte. Al tiempo discrepa de la consideración de la sentencia sobre la "irrealizabilidad" de un interés superior al 12 %, criticando que se asegure que la misma es notoria.

La premisa misma en que descansa el argumento es discutible, pues doctrina y jurisprudencia no son tan contundentes sobre la naturaleza real y unilateral del contrato de préstamo. Ésta *misma Audiencia lo ha recordado en SAP Alava, Secc. 1ª de 25 de marzo de 2010, rec. 621/09* , o 13 de julio de 2011, *rec. 191/2011, igual que la STS de 22 de diciembre de 1997* , RJ 1997/9113, considerando que en ocasiones el contrato de préstamo puede tener naturaleza consensual y bilateral. De hecho en este caso a la subrogación sucedió una novación sobre el importe del préstamo, aunque para centrar la cuestión sin más meandros, se admitirá que en la clase de contrato que analizamos, en el que ha sido entregada la totalidad del importe al suscribirse bien por el constructor, bien por el comprador adquirente, nos encontramos ante un contrato que opera como si fuera de naturaleza real y unilateral.

Desde tal premisa, la sentencia recurrida acude al criterio que dispone el *art. 82.3 TRLCGU* para apreciar el carácter abusivo de la cláusula y atiende a la desproporción y falta de reciprocidad en la fijación del precio para concluir que la controvertida cláusula merece tal calificación. La determinación de la contraprestación a la entrega del capital consiste en la fijación del tipo de interés que el contrato denomina "ordinario", es decir, el remuneratorio a que alude el *art. 1.755 CCv*.

Pues bien nos encontramos ante la aplicación de la previsión general del *art. 82 de la ley protectora de los consumidores, a la que se remite el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación* . En el contrato, el prestamista puede ofrecer un interés fijo o variable, siendo el primero habitualmente

superior. Cuando las partes optan por el variable, suelen incorporar fórmulas como la de autos, es decir, acuden a un tipo de referencia (Euribor, IRPH o cualquier otro) y añaden un porcentaje. Para limitar la fluctuación pueden señalar límites superior e inferior, pacto lícito conforme al art. 1.255 CCv. Las partes de este modo limitan la variabilidad del tipo de interés, de modo que resulta beneficiado hasta cierto límite el banco, cuando se incrementa, y otro tanto acontece para el cliente, cuando disminuye.

La sentencia apelada considera que el modo en que se diseñaron los topes vulnera el justo equilibrio de las prestaciones. El art. 82.4 d) TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que "resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato". Y la ejecución del contrato se ve muy afectada cuando operan las cláusulas discutidas. En efecto, al establecer un marco de retribución de intereses remuneratorio con cláusulas "suelo" y "techo" se benefician o ven perjudicados tanto el cliente, que tiene que pagar menor importe de interés si opera el máximo, como el banco, que se garantiza unos intereses superiores si funciona el suelo.

Para desmentir que la sentencia se base en hechos notorios no probados como el carácter irreal del techo del 12 %, que considera que era improbable que se alcanzara, sólo hay que atender a la prueba y hechos que concurrían al signarse el contrato el 16 marzo de 2007. En esa fecha el Euribor era del 4,1 %, y las partes pactaron que el mismo fuera interés de referencia más 0,65 %. Fijaron el suelo en 4,25 % y el techo en el 12 %. Esto supone que al firmarse el préstamo era mucho más probable que operara el límite inferior, en tanto que el interés variable pactado era Euribor más 0,65 %, que el techo, muy alejado del índice de referencia. La distancia entre el suelo, 4,25 % e interés fijado al inicio del contrato, 4,85 %, era de 0,60 %. La diferencia entre el techo, 12 % e interés fijado al inicio del contrato, 4,85 %, era de 7,15 %. No cabe duda que al inicio el contrato la desproporción era notoria, pues con una fluctuación del 0,65 % hacia abajo operaba el límite que perjudica al cliente, pero era preciso que fluctuara nada menos que el 7,15 % para que perjudicara al prestamista.

Hay prueba de que los tipos de interés durante toda la duración del contrato fluctuaron poco y con tendencia descendente. Se aportó por la actora y no se ha impugnado (folio 592 del Tomo II de los autos), aunque basta cualquier consulta en la web para constatar lo que el Banco de España anuncia. Desde entonces el índice nunca ha variado más del 5 % y con pequeñas fluctuaciones ha ido disminuyendo. La posibilidad de que al signarse el contrato la variación fuera superior al 7 %, y además al alza, era francamente improbable, de modo que no le falta razón a la sentencia recurrida. En el caso a que se refiere este litigio, pese a pactarse un interés variable de Euribor más 0,65 %, el contrato ha operado prácticamente durante toda su duración como un contrato a interés fijo del 4,25 %.

A esta situación ha aludido el *ATS de 3 junio 2013*, que aclara la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, que dice en su párrafo 17 que "La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro

requisito". La propia sentencia ya indicaba en su parágrafo 224 que "Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, deforma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza".

Todo lo dicho permite apreciar desproporción en la ejecución del contrato, vulnerando las previsiones del art. 82.4 TRLGDCU, que señala que "no obstante lo dispuesto en los apartados precedentes" son "en todo caso abusivas" porque "c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato" y "e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato". Es decir, una norma no negociada individualmente y no consentida expresamente, contraria a la buena fe y adoptada en perjuicio del consumidor, que causa un desequilibrio importante en derechos y obligaciones, que son los requisitos que cristaliza el citado art. 82.1 para considerar, en general, una cláusula como abusiva.

Las previsiones de la cláusula, fijando un suelo muy alto en comparación con el índice que se tomó como referencia, es decir, muy cercano al mismo, y un techo desproporcionadamente alejado, y el *art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* que remite al 82.3 TRLGDCU, permiten concluir que la cláusula controvertida merece, en atención al art. 84.2.d) de esta última ley, la consideración de abusiva.

Tal consideración lleva a la desestimación del respectivo motivo del recurso, pues además de falta de transparencia la cláusula pactada, en los términos en que se hizo, merece la calificación de abusiva que concluye con acierto la sentencia recurrida.

OCTAVO.- Sobre la devolución de cantidad

Finalmente argumenta el banco apelante que la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012* impide acordar la devolución del importe puesto que la jurisprudencia que sienta, al ser la resolución dictada por el pleno, es de aplicación a este caso. Deben reiterarse, sin embargo, las consideraciones hechas en el fundamento jurídico tercero y cuarto de esta misma sentencia.

Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012*, es que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. El propio FJ 7º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otros casos.

El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución

recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo. En consecuencia, como señala la sentencia recurrida, la nulidad de la cláusula que suponía un límite a que se aplicara el interés variable pactado acarrea la obligación de restitución por el banco del importe indebidamente cobrado al aplicarla.

No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la *STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012* no concurren, en tanto que no se aprecia cómo puedan este caso concurrir el "riesgo de trastornos graves" a que alude, igual que hizo la *STJUE de 21 de marzo de 2013*, RWE Vertrieb. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir al cliente unos 17.000 €.

Finalmente, es cierto que la *STS de 13 de marzo de 2012, rec. 675/2009*, permite matizar la obligación restitutoria en caso de nulidad, pues dice "la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - *sentencias 485/2000, de 16 de mayo*, y *541/2008, de 23 de junio* - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes - *sentencia 109/2009, de 26 de febrero* -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida".

Pues bien, en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CCv, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad.

NOVENO.- Depósito para recurrir

A la vista de la *DA 15ª. 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)*, procede decretar la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir, al que se dará el destino legal.

DÉCIMO- Costas del recurso

Conforme al *art. 398.1 LEC* procede condenar al apelante al abono de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a CARMEN CARRASCO ARANA, en nombre y representación de LIBERBANK S.A. (CAJA DE AHORROS DE EXTRAMADURA), frente a la *sentencia de 3 de abril de 2013 dictada en los autos de procedimiento ordinario n° 433/2012 por el Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Vitoria-Gasteiz* .

2.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir, que se ingresará en la cuenta de recursos desestimados.

3.- CONDENAR a la parte apelante al bono de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo (*art. 479 LEC*).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros por cada uno de ellos, sin cuyo requisito no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0008.0000 seguido de la clave 06 (casación) y n° del procedimiento, y / o 0008.0000 seguido de la clave 04 (ext por infracción procesal) y n° de procedimiento, consignaciones que deberán ser acreditadas al interponer el/los recursos (*DA 15^a de la LOPJ*).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria Judicial doy fe.