

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5ª), de 7 octubre 2011 estima el recurso de apelación de BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla.

Mª del Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
maria.gonzalez@uclm.es

Ausbanc fue la primera asociación que triunfó en una demanda colectiva de nulidad de las cláusulas-suelo en hipotecas a interés variable contra BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar. El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, en una resolución ampliamente comentada por este mismo centro de estudios de consumo (Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre), las declaró abusivas en primera instancia, pero la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5ª), en la Sentencia de 7 octubre 2011 estima el recurso de Apelación núm. 1604/2011, interpuesto por las entidades demandadas. Los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial son los mismos que se habían plasmado en los comentarios realizados por este Centro de estudios: *No existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos de cobertura del riesgo, y en cuanto a la legitimación activa, Ausbanc carece de ella para sostener el ejercicio de acciones colectivas para la defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por su pérdida sobrevenida-* tras confirmarse su exclusión del Libro-Registro de Asociaciones de Consumo por sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta)-, *aunque sí la ostentara cuando formuló la demanda.*

Desde el primer momento en que la cláusula fue cuestionada por las asociaciones de consumidores y usuarios (por cierto: no al comienzo de su inclusión en los contratos, sino sólo cuando, en septiembre de 2009, el 53% de los saldos de las operaciones con limitaciones a la bajada del tipo de interés se habían visto afectados por primera vez por la aplicación del tope al descenso de tipos) tuve la sensación, y así lo expresé en varios trabajos publicados en este mismo centro de investigación, de que los medios de comunicación se habían precipitado al echar las campanas al vuelo en virtud

de una sentencia aún susceptible de recursos (uno de ellos, el de apelación, en curso), dictada en relación a un asunto sobre el que caben matizaciones fundadas y dignas, en todo caso, de una reflexión exenta de la pasión por la mayor y mejor defensa del consumidor a la que se deben las asociaciones de usuarios de la banca.

Desde aquel septiembre de 2009, la hasta entonces inocente y reiterada cláusula ha sido objeto de una Moción parlamentaria, un extenso Informe del Banco de España recabado por el Senado y por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, 1.560.000 entradas en internet, y comentadísimas decisiones judiciales hoy en trámite de apelación – entre las últimas, las de 18 de octubre de 2011 del Juzgado Mercantil nº 1 Cáceres y 20 de diciembre de 2011, del Juzgado Mercantil número 2 de Málaga- a las que, en un sentido estimatorio de la nulidad pretendida todavía incierto, seguirán muchas otras.

Por nuestra parte, reiteramos nuestra opinión acorde en lo esencial con los argumentos de fondo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla. Y recordamos algo más de lo ya dicho con anterioridad en relación con esta cuestión: no todas las cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés afectan de igual forma al equilibrio de las posiciones contractuales de las partes. Antes de afirmar precipitadamente que las cláusulas de limitación de las variaciones de los tipos de interés en préstamos de interés variable son abusivas, hemos de preguntarnos si existe una causa razonable para la diferencia de distancia del suelo y del techo con respecto del tipo medio de interés fijo. Esto es, si es necesaria para mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

Fuese o no declarada unilateralmente impuesta y abusiva la cláusula en cuestión, las cantidades ya abonadas en aplicación de la limitación del tipo de interés nunca podrían considerarse daño resarcible causalmente vinculado con el desequilibrio entre el suelo y el techo del interés, porque no se derivan directamente de la falta de reciprocidad, sino de la bajada de los tipos de interés provocada por la situación económica actual, y habría operado igualmente en condiciones de equilibrio perfecto.

Y ya en términos más generales, sería conveniente cuestionarse si la superprotección de los consumidores hasta el punto de considerarnos contratantes incapaces de comprender los riesgos de las operaciones que suscribe y compararlos con las desventajas de un interés fijo (válido) superior, con plazos de amortización inferiores y un mayor coste en su eventual amortización anticipada nos compensa hasta el punto de asumir el encarecimiento de los préstamos o la desaparición de los

préstamos a interés variable, lo que reconduce el problema a la exigencia de la transparencia exigida hoy por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2011 (EHA/2899/2011).