

ANUARIOS

2018 Práctica Contenciosa para abogados

Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2017 de los grandes despachos

Albors Galiano Portales • Allen & Overy • Andersen Tax & Legal • Ashurst • Baker & McKenzie • Bird & Bird • Ceca Magán • Clifford Chance • Clyde & Co. • CMS Albiñana & Suárez de Lezo • Cuatrecasas • Deloitte Legal • Dictum Abogados • Dikei Abogados • DLA Piper • Elzaburu • EY Abogados • Estudio Jurídico Baylos • Freshfields Bruckahus Deringer • Garrigues • Gómez-Acebo & Pombo • Herbert Smith Freehills Spain • Hogan Lovells • Iberforo • Jones Day • KPMG Abogados • Muñoz Arribas Abogados • Pérez-Llorca • PWC Tax & Legal Services • Ramón C. Pelayo Abogados • Simmons & Simmons • Uría Menéndez • Valeriano Hernández Abogados • Villar Arregui

■ LA LEY

ANUARIOS

■ LA LEY

2018 Práctica Contenciosa para abogados

Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje
en 2017 de los grandes despachos

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: junio 2018

Depósito Legal: M-17736-2018

ISBN versión impresa: 978-84-9020-713-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-714-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. HECHOS

El 31 de julio de 2008, los demandantes firmaron con su entidad bancaria un préstamo en yenes con garantía hipotecaria, cuya finalidad era refinanciar un préstamo hipotecario y un préstamo personal que habían concertado con anterioridad en euros.

La escritura pública del préstamo, como es habitual en la contratación bancaria, fue redactada conforme a la minuta facilitada por la entidad bancaria. La minuta calificaba al negocio jurídico concertado como un «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria».

El préstamo quedó formalizado en 44.346.603 yenes, cuyo contravalor en la fecha de contratación del préstamo ascendía a 260.755 Euros. En la fecha de contratación se procedió a cambiar los yenes por euros; que, a su vez, los prestatarios utilizaron para amortizar y cancelar los préstamos anteriores que tenían concedidos.

La duración del préstamo era de 28 años. El importe de la cuota mensual se fijó inicialmente y hasta la fecha de la primera revisión del tipo de interés en 161.084 yenes. Dado que los prestatarios habrían de devolver una cantidad de yenes al mes, en la escritura se establecieron dos posibles procedimientos de pago, a elección de los prestatarios: (i) podían entregar al banco, con dos días hábiles de antelación, el contravalor en euros según el cambio vendedor de la entidad o (ii) devolver los yenes directamente.

En la cláusula financiera 1.^a.I.c) se estableció que *«el presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedado, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid a solicitud del prestatario y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente contrato: dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y*

euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento».

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

En lo que se refiere al control de transparencia, la Sentencia objeto de comentario aplica los criterios de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017, en el asunto C-186/16, caso *Andriuc*. Llega a la conclusión de que, aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización del préstamo por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a este tipo de préstamos hipotecarios.

En esta clase de préstamos (respecto de los que el Tribunal Supremo abandona su tesis acerca de la existencia de un derivado financiero sostenida anteriormente en su sentencia núm. 323/2015, de 30 junio), la fluctuación de la divisa en que se ha formalizado el préstamo supone un «*recálculo constante*» del capital prestado, lo que determina que, pese al pago puntual de las cuotas de amortización periódica, el prestatario pueda acabar adeudando un capital en euros mayor que el que recibió al concertar el préstamo.

Según el Tribunal Supremo, estas circunstancias deben haber sido explicadas al prestatario con anterioridad a la suscripción del préstamo a fin de que pueda adoptar una decisión fundada y prudente, y para que pueda entender los efectos de una fuerte depreciación de la moneda en que recibe sus ingresos. Por ello, la Sala concluye que las cláusulas del préstamo relativas a la divisa no superan el doble control (gramatical y formal) de transparencia.

Y el Tribunal Supremo continúa estableciendo que esa falta de transparencia de las cláusulas relativas a las divisas ha generado un grave desequilibrio para los prestatarios, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo en una divisa extranjera, no pudieron comparar la oferta del préstamo multdivisa con las de otros préstamos y vieron agravarse su situación económica y jurídica.

3. COMENTARIO

3.1. El concepto de cláusulas abusivas

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (la **Directiva 93/13**), definió el concepto de cláusulas abusivas estableciendo que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

La actual regulación de este concepto en el ordenamiento jurídico español se encuentra en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (la **LGDCU**). De acuerdo con este precepto, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Aunque el concepto de cláusula abusiva en el Derecho español es más amplio que el comunitario, pues en nuestro ordenamiento esa condición puede predicarse no solamente de las estipulaciones que no se hayan negociado individualmente sino también de prácticas no consentidas expresamente, existen notas comunes entre ambos: (i) deben producir un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato; y (ii) ese desequilibrio debe crear un perjuicio en el consumidor.

3.2. El posible carácter abusivo de cláusulas que regulan elementos esenciales

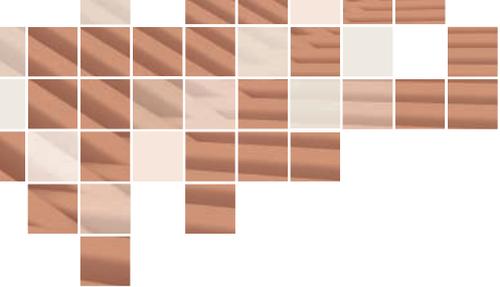
Tradicionalmente se ha discutido que la definición de cláusulas abusivas pueda referirse a las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales de las partes. Consideraba así nuestra mejor doctrina que los bienes y servicios que hayan de proporcionarse y la contraprestación que se deba pagar por ellos, así como su equilibrio económico, es una materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes, y a lo que en su ejercicio se haya podido disponer, sin que en este punto se pueda hablar de un carácter abusivo por el juego de la normativa de las condiciones generales.

Esa concepción parte, en nuestra opinión, de un justo equilibrio entre el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y la necesaria protección de los consumidores. La evolución económica y social experimentada en los últimos tiempos ha permitido un tráfico económico cada vez más acelerado, en que grandes empresas mercantiles e industriales utilizan en sus relaciones con los consumidores contratos predispuestos en relación con una producción o suministro masivo de bienes y servicios, en los que la discusión individualizada es imposible. Por ello, allí donde no existe esa negociación o discusión y negociación individualizada de las cláusulas incorporadas a un contrato, resulta imprescindible articular determinadas normas para que el contenido y cumplimiento del contrato no queden al arbitrio de una de las partes. Sin embargo, en los casos en que se produce una negociación o discusión individualizada (como ocurre para aquellas cláusulas que regulan los elementos esenciales del negocio jurídico que las partes quieren celebrar), el respecto a la libertad contractual (que constituye el núcleo mismo de la concepción del contrato en nuestro ordenamiento) es esencial.

Como resulta sobradamente conocido, la Directiva 93/13 abrió la puerta a la posibilidad de que las cláusulas reguladoras de elementos esenciales fueran declaradas abusivas, pero sólo en aquellos casos en que no se hubieran redactado de manera clara y transparente. En nuestra opinión, el legislador comunitario quiso respetar la libertad contractual de las partes al regular los elementos esenciales de la relación que iban a concluir, si bien, teniendo en cuenta los superiores conocimientos del empresario que ordinariamente predispone las cláusulas, contempló la posibilidad de la declaración de abusividad en aquellos casos en que los elementos esenciales no hubieran sido reflejados de manera inequívoca e inteligible.

En este sentido, resultante interesante acudir a la historia legislativa de la norma. La primera versión de la Directiva 93/13 no permitía un control de abusividad de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato. Como fruto del compromiso entre la exigencia de protección al consumidor y el respeto a la libertad contractual se optó finalmente por excluir del control de abusividad «*el núcleo de la relación contractual*», pero siempre que ese núcleo de la relación fuera definido de manera «*clara y comprensible*» (Posición Común de 22 de septiembre de 1992).

El compromiso quedó plasmado en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de conformidad con el cual «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bie-*



El Anuario Contencioso es una publicación comentada por y para los abogados; en concreto, para quienes hacen del asesoramiento precontencioso, del arreglo tendente a la evitación de disputas y, en último término, de la defensa de los intereses de sus clientes en arbitraje o ante los Tribunales de Justicia, su oficio diario.

Es, a la vez, un empeño colectivo en el que confluye el esfuerzo de treinta y cuatro despachos del llamado “mundo de los negocios”, esto es, firmas dedicadas al derecho de empresa, con implantación en España y con prácticas consolidadas en el mundo de la litigación y el arbitraje. El compromiso común ha consistido en analizar los casos más significativos que sus abogados han defendido ante los Tribunales de Justicia o las cortes arbitrales durante el año 2017. La selección de material ha seguido deliberadamente un criterio diverso, lo que ha traído, como consecuencia aparejada, que sean prácticamente todas, a salvo marcadamente la laboral y fiscal, las jurisdicciones cuyas resoluciones se han comentado.

La enumeración de los epígrafes de su índice temático es la más adecuada medida del valor de su contenido:

- Agencia y distribución
- Arbitraje
- Concursal
- Contencioso-administrativo
- Derechos fundamentales
- Derecho marítimo
- Derecho sucesorio
- Inmobiliario
- Litigiosidad bancaria
- Obligaciones y contratos
- Procesal
- Propiedad industrial e intelectual
- Seguros y reaseguros
- Societario
- Transporte

