

Roj: **SAP LE 252/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:252**Id Cendoj: **24089370012016100076**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **León**Sección: **1**Fecha: **13/04/2016**Nº de Recurso: **411/2011**Nº de Resolución: **121/2016**Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1****LEON****SENTENCIA: 00121/2016****Rollo de Apelación nº 411/2011****Juicio Verbal nº 65/2010****Juzgado nº 1 de lo Mercantil de León****SENTENCIA Nº 121/16****ILMOS Sres./a. Sres./a:****Dª. Ana del Ser López.- Presidenta****D. Manuel García Prada.- Magistrado****D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado**

En León a 13 de Abril de 2016.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num. 411/2011, en el que han sido partes **Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. (Banco CEISS)**, representado por la procuradora Dª Mercedes Pérez Fernández bajo la dirección del letrado D. Rafael Gutiérrez Olivares, y posterior del letrado D. Rafael Monsalve del Castillo, como APELANTE, y **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC)**, representada por el procurador D. Santiago-Marcos Manovel López bajo la dirección del letrado D. Antonio Acosta García, y el **MINISTERIO FISCAL**, como APELADOS. Interviene como Ponente del Tribunal para este trámite el ILTMO. SR. DON Ricardo Rodríguez López.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En los autos nº 65/2010 del Juzgado de lo Mercantil de León (actualmente Juzgado de 1ª Instancia nº 8 y Mercantil de León) se dictó sentencia de fecha 11 de marzo de 2011, cuyo fallo, literalmente copiado dice:

" *ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Ángela González Mateos, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), contra CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, con los siguientes pronunciamientos:*

*"1. De declaración de nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general contenida en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con **consumidores** o usuarios que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y que no contempla como contrapartida un tipo máximo que*



*proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada.*

*"2. De condena de la demandada a eliminar dicha condición general de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable suscritos, y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.*

*"3. De condena de la demandada a la publicación a su costa del fallo de la presente resolución en el Boletín Oficial del Registro mercantil y en el Diario de León, con fuente respecto de este último tipo "times new roman" y tamaño mínimo 10, en el plazo máximo de 15 días tras la notificación de la sentencia, si la misma alcanzara firmeza.*

*"4. De condena de la demandada a la inscripción a su costa de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo fin una vez sea firme la misma el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular de dicho Registro.*

*"Sin que proceda la emisión de pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales, de manera que cada parte habrá de abonar las ocasionadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad".*

**SEGUNDO** .- Contra la precitada Sentencia se interpuso recurso de apelación por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, Caja de Ahorros y Monte de Piedad (hoy, BANCO CEISS). Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC) y al MINISTERIO FISCAL, que lo impugnaron en tiempo y forma. Sustanciado el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron en legal forma las partes en el plazo concedido al efecto. Por el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López. Previa deliberación, votación y fallo, se dictó sentencia de fecha 2 de marzo de 2012 que acordó estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia dictada y declarar no haber lugar a resolver sobre las pretensiones deducidas por falta de legitimación de la demandante, sin expresa condena al pago de las costas del recurso de apelación.

**TERCERO** .- Contra la sentencia dictada por este tribunal se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, que fue admitido a trámite y resuelto por sentencia 524/2014, de 13 de octubre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que acordó estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y anuló la sentencia de fecha 2 de marzo de 2012, dictada por este tribunal de apelación, ordenando reponer las actuaciones al momento previo a dictarla. Se solicitó ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo la nulidad de la sentencia dictada por este Alto Tribunal, y sobre la que se resolvió por auto de fecha 18 de noviembre de 2015.

**CUARTO** .- Devueltas las actuaciones a este tribunal, fueron recibidas en la Unidad Procesal de Ayuda directa el día 22 de diciembre de 2015.

Se arbitró un trámite de audiencia contradictorio para que las partes formularan alegaciones en relación con la transparencia de las cláusulas cuya anulación se solicitó con la demanda. Todas ellas presentaron escrito de alegaciones en tiempo y forma.

La parte apelante solicitó la práctica de prueba que fue denegada por auto de fecha 20 de marzo de 2015, confirmado por el de fecha 25 de febrero de 2016 (en el auto se indica, por error material, el mes de septiembre).

Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 2 de marzo de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Delimitación del objeto del recurso de apelación.

**A) Sobre la acción ejercitada y su objeto.**

La demandante ejercita acción colectiva de cesación con base en la legitimación prevista en el artículo 16.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Esta legitimación es reconocida por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 2014 (recurso 1161/2012) que anula la de fecha 2 de marzo de 2012, dictada por este tribunal de apelación, y acuerda reponer las actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia anulada.

La acción ejercitada tiene por objeto la declaración de abusividad " de la cláusula de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con **consumidores** o usuarios, que establezcan un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia". Y solicita la condena de la entidad financiera " a eliminar dicha condición general de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo mínimo a pagar por el prestatario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo" (lo entrecomillado es cita textual de lo solicitado en los apartados 1 y 2 del suplico de la demanda).

**b) Sentencia dictada en primera instancia.**

Estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la cláusula que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia sin ofrecer como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario frente al riesgo de subida del referencial, y que, en todo caso, debe ser inferior al 12% pactado como límite superior del tipo de interés.

La sentencia califica como abusiva la cláusula con base en lo establecido en el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el importante desequilibrio que genera en perjuicio del **consumidor** y en contra de las exigencias de la buena fe. En los fundamentos se efectúa un control del equilibrio de las prestaciones y se dice: "*En conclusión, pues, se constata una falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja comúnmente practicadas por la demandada [...] en la medida en que pese a que la segunda se muestra potencial y realmente efectiva [...] sin embargo el prestatario no verá cubierto su riesgo de haber de afrontar una cuota muy superior en caso de producirse...*" (lo entrecomillado es cita textual de parte del 9º párrafo del fundamento sexto).

**c) Motivos del recurso de apelación.**

De manera muy breve y sintética:

1.- Inadecuación del procedimiento: la cláusula cuya nulidad se pretende no es una condición general de la contratación y, por ello, no es de aplicación la excepción prevista en el apartado 12º del artículo 250.1 de la LEC, a la que remite el apartado 5º del número 1 del artículo 249 de la LEC.

2.- Falta de legitimación activa de la actora: la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 2014 (recurso 1161/2012), que anula la dictada por este tribunal de apelación, proclama la legitimación activa de la demandante, por lo que cualquier controversia al respecto ya ha sido resuelta en sentido favorable a la demandante.

3.- Proporcionalidad de los límites a la variación del tipo de interés.

4.- Cumplimiento de la normativa del sector bancario.

**SEGUNDO .- Sobre el recurso de apelación.****1.- Inadecuación del procedimiento.**

El procedimiento se ha seguido por los trámites establecidos al efecto, conforme a lo dispuesto en el apartado 12º del artículo 250.1 de la LEC. La controversia sobre la calificación de la cláusula como condición general la introduce la parte demandada, pero lo que determina qué procedimiento se ha de seguir no es lo controvertido con la contestación a la demanda, sino la causa de pedir en la que se funda la acción ejercitada; la demanda puede ser desestimada si se entiende que la cláusula no constituye una condición general, pero el procedimiento se ha de seguir como si de una condición general se tratara porque así se propone en la demanda. El tribunal puede calificar una acción como corresponda para decidir sobre el procedimiento a seguir, pero no la causa de pedir de la demanda: si se acciona para pedir la nulidad de una condición general, el procedimiento a seguir es el previsto para encauzar dicha pretensión, aunque la parte actora se pueda equivocar al fundar su acción en la existencia de una condición general; al resolver sobre el fondo del asunto es cuando se ha de decidir si la cláusula es o no es una condición general, pero el procedimiento a seguir por razón de la materia es el que resulte de la causa de pedir de la demanda.

Y si alguna duda pudiera quedar al respecto sobre la naturaleza jurídica de la acción ejercitada, en el auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2015, que rechaza la nulidad de actuaciones solicitada por la recurrente, se indica de modo claro y expreso: "*debemos entender que estamos ante el ejercicio de una acción colectiva en defensa de intereses no difusos*". Lo que viene a confirmar la adecuación del procedimiento y la aplicación de la regla 250.1.12º LEC y la adecuación del procedimiento.

**2.- Falta de legitimación activa.**

Esta causa de oposición a la demanda ya ha sido resuelta por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 2014 (recurso 1161/2012), por lo que estamos a lo que en ella se acuerda: legitimación de la demandante para el ejercicio de la acción colectiva que se deduce con la demanda presentada.

**3.- Límites a la variación del tipo de interés y equilibrio de las prestaciones.**

3.1.- Delimitación de la causa de pedir y de las pretensiones deducidas



En la sentencia recurrida se dice: " *El punto de partida de la pretensión contenida en la demanda no es por tanto la validez de la limitación, sino la concurrencia de la necesaria semejanza de esta al alza y a la baja*" (párrafo 4º del fundamento sexto).

Este tribunal no comparte esta delimitación de la causa de pedir de la acción ejercitada. En la demanda se alude tanto al límite mínimo como al máximo, pero solo se impugna el mínimo como generador del desequilibrio en perjuicio del **consumidor**. El suplico de la demanda es muy claro: " *1.- Declare la nulidad [...] de la cláusula de contratos de préstamos a interés variable [...] que establezcan un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia*". No se solicita, en modo alguno, la anulación del límite máximo; examinada la demanda con detenimiento solo aparece la cláusula " *techo*" o límite máximo (fuera de alguna referencia que a ella se hace en algún texto que se transcribe) al describir la cláusula que se toma como referencia, en el párrafo 3º del hecho quinto y, brevemente, en el párrafo tercero del apartado 3) del epígrafe D2) del fundamento VII (página 34 de la demanda) y en último párrafo de la página 37 de la demanda y en los primeros y el último de la página 38. Pero no se hace referencia al " *techo*" para fundar el desequilibrio en la desproporción interna entre los tipos mínimo y máximo, sino para explicar que el desequilibrio que ya de por sí supone la incorporación de la cláusula "suelo" se incrementa con la inexistencia de un tipo operativo máximo que pueda llegar a ser aplicado. En definitiva, se invoca el " *techo*" para poner de manifiesto la confusión que genera al presentarse como si de una contrapartida se tratara, pero lo que genera el desequilibrio es -como se indica en la demanda- la propia cláusula suelo. Así, en el párrafo 2º de la página 38 se dice: " *Entendemos que el desequilibrio que crean las condiciones generales discutidas no desaparece con la determinación de tipos máximos, sino que se acrecienta*". La demandante, por lo tanto, se opone a admitir " *que la determinación de estos "techos" convalida la ilegalidad de los "suelos" y hace que desaparezca el abuso de las cláusulas*" (último párrafo del folio 38).

La constante referencia de la demanda es al tipo mínimo, y así, cuando analiza en concreto la abusividad de la cláusula, hace referencia al tipo mínimo, como se indica en la rúbrica del apartado D2) sin mención alguna al tipo máximo. Y en ese mismo apartado dice: " *Esta descompensación contractual [...] se refleja en una u otra condición general de la contratación, al imponerse por la entidad, en la práctica, un coste mínimo, en concepto de intereses, al prestatario*" (párrafo 2 de la página 34). Y así se indica, con reiteración, tanto en los hechos como en los fundamentos de derecho: "los prestatarios no han disfrutado de esas *bajadas* por efecto, precisamente, de tales cláusulas" (párrafo 2 del hecho cuarto); " *la razón de ser de estas cláusulas es limitar las subidas y bajadas del tipo de interés pero, como desarrollaremos en la fundamentación jurídica, la verdadera razón de las mismas es imponer, por supuesto en perjuicio del consumidor o usuario, un tipo mínimo de interés (suelo) puesto que el tipo máximo (techo) lo sitúan las entidades en niveles tan altos que, estadísticamente, nunca se va a dar...*" (párrafo 2º del hecho quinto). En esta última referencia se deja, nuevamente, constancia de que la abusividad se aprecia en el hecho mismo de incorporar un tipo mínimo, porque el máximo no es más que una entelequia que, como se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, opera como un signo más de falta de transparencia.

En definitiva, la causa de pedir de la acción ejercitada no es el desequilibrio interno entre el tipo mínimo y el máximo, sino el desequilibrio que supone para el **consumidor** el tipo mínimo, aunque el máximo opere de manera ilusoria para encubrir el verdadero propósito que es, como se indica en la demanda, " *imponer [...] un tipo mínimo de interés*". Y así se vuelve a indicar en la página 36 de la demanda: " *la imposición de un cláusula de tipo mínimo de interés, o de una cláusula tipo mínimo de referencia, es una forma de influir en la determinación del tipo de interés que va a pagar el prestatario*" (cuestión esta que es analizada de manera extensa e intensa por la Jurisprudencia).

Por lo tanto, el objeto de este procedimiento es dirimir sobre la nulidad de las cláusulas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, como se indica en el suplico de la demanda, y su causa de pedir es el desequilibrio que comporta ese tipo mínimo (párrafo 2º del hecho quinto y párrafo 2º de la página 34, entre otros muchos). Aunque ya se apunta en la demanda la falta de transparencia en la cláusula, a la que más adelante aludiremos, en el apartado c) del epígrafe 1 del apartado D2) del fundamento VII: " *... para poder estas cláusulas ser objeto de negociación se tiene que dar un presupuesto: que las mismas sean conocidas de antemano por los usuarios*" (afirmación este que podría tener encaje en el control de incorporación al que se hace referencia en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y otras posteriores). Y también se acude al concepto de transparencia en ese mismo apartado c) cuando se dice: " *Si tomamos en consideración al [...] consumidor medio, debemos admitir que no tiene por qué formar parte de su cultura financiera conceptos, términos o cláusulas tan técnicas como estas del tipo mínimo de interés o tipo mínimo de referencia [...] la complejidad que, a simple vista, tienen esas cláusulas hace que sea impensable que su concepción provenga de los usuarios de servicios bancarios, por lo que tenemos que admitir que su aparición en los contratos se debe siempre, y en todo caso, a la iniciativa de la entidad financiera, pero sin poder llegar a fruto de una hipotética negociación entre las partes*". Y en los dos párrafos siguientes al apartado indicado se vuelve a aludir al desconocimiento de estas cláusulas por los prestatarios.



Para resolver el recurso de apelación, por lo tanto, no partiremos del perjuicio que para el **consumidor** se pudiera derivar del desequilibrio interno entre el tipo mínimo y máximo -como se indica en la sentencia- sino del desequilibrio que pudiera, de por sí, suponer la existencia de un tipo mínimo; el máximo no es operativo y en modo alguno perjudica al **consumidor**.

### 3.2.- Decisión sobre las pretensiones deducidas.

En los escritos de alegaciones presentados por BANCO CEISS en el trámite de audiencia para verificar el control de transparencia no se cuestiona que las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés tengan la consideración de condiciones generales, pero sí se cuestiona en el recurso de apelación. Al efectuar el control de transparencia se aludirá a esta cuestión. Únicamente anticipamos, para resolver específicamente sobre el recurso de apelación, que la cláusula de limitación del tipo de interés incorporada a los contratos de préstamo por CAJA ESPAÑA tiene la consideración de condición general de los contratos. Pero aun siendo una condición general no es posible analizar su eventual abusividad sobre la base de lo previsto en los artículos 82 y 83 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.

No es posible un control intrínseco de abusividad de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés (control de contenido o de desequilibrio interno) porque, como se indica en la sentencia de Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y, después, en otras posteriores, las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial (apartado 190) y, por ello " *no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación*", y el artículo 4.2 que "[L]a 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 bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" (apartado 192 de la STS 9 de mayo de 2013). El control que se excluye es el de contenido ( artículos 82 y 83 de la LGDCU), pero no el de transparencia (apartados 196 y 197 de la citada sentencia), pero lo que ahora interesa, en relación con el recurso de apelación, es la exclusión del control de equilibrio en relación con la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés.

A tenor de lo expuesto, hemos de estimar el recurso de apelación interpuesto porque la sentencia se funda en el control de equilibrio de las cláusulas que, como se ha expuesto, no es procedente en relación con una cláusula que constituye un elemento esencial del contrato que delimita su contenido económico al definir los costes financieros; está vedado, por lo tanto, analizar su abusividad sobre la base de un posible desequilibrio en perjuicio del **consumidor**. En los siguientes fundamentos se analizará, como algo diferente, la abusividad derivada de la falta de transparencia de dichas cláusulas. Y en el fallo de esta sentencia se concretará que no se prejuzga la validez de la cláusula en si misma, y se acuerda su nulidad en tanto en cuanto fueron negociadas e incorporadas al contrato con falta de transparencia.

La estimación del recurso de apelación ha de conllevar la revocación de la sentencia, sin imposición de las costas del recurso de apelación ( artículo 398.2 de la LEC).

Tampoco procede condena de ninguna de las partes al pago de las costas de la primera instancia, porque, como se indica en el auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 2013, que resuelve incidente de nulidad de actuaciones promovido para impugnar la nulidad de su sentencia de 9 de mayo de 2013: " *El fallo de la sentencia cuestionada contiene una estimación parcial de la demanda, por cuanto que no declara una nulidad de las cláusulas suelo en todo caso, como pedía la demandante, sino solamente cuando no sean transparentes. El Tribunal consideró que en este supuesto las concretas cláusulas cuestionadas utilizadas por las demandadas no lo eran y precisó en el fallo las razones de tal conclusión. Habida cuenta del debate procesal que tuvo lugar en el proceso, al que se ha hecho extensa referencia, no se ha dado algo distinto de lo pedido por la parte actora, sino menos de lo solicitado*".

Como se expondrá, con posterioridad, este tribunal no anulará todas las cláusulas suelo suscritas por **consumidores** por su intrínseca abusividad, sino solo por falta de transparencia (en el apartado sexto del fallo de la sentencia de 9 de mayo de 2013 se desestimó la pretensión de nulidad de las cláusulas suelo, como pretensión general, pero se acordó su anulación por falta de transparencia en el apartado séptimo). Por ello, la estimación de la demanda ha de considerarse parcial.

### **TERCERO.- Sobre el control de abusividad de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés pactado en contratos de préstamo suscritos por consumidores.**

La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 establece los criterios básicos sobre el control de la abusividad de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés (resuelve



sobre una acción colectiva). Criterios que han sido reiterados, no sin relevantes matices, por las sentencias del mismo Alto Tribunal de fechas 8 de septiembre de 2014 (recurso 1217/2013; acción individual), 24 de marzo de 2015 (recurso 1756/2013; acción individual), 25 de marzo de 2015 (recurso 138/2014; acción individual), 29 de abril de 2015 (recurso 1072/2013; acción individual), y 23 de diciembre de 2015 (recurso 2658/2013; acción colectiva).

#### A) El control de transparencia es imperativo.

La imperatividad del control de transparencia, en relación con cláusulas incorporadas a contratos suscritos por **consumidores** y usuarios, se establece en todas las sentencias citadas y, en particular, en la de 9 de mayo de 2013:

1.- Carácter imperativo del control de las cláusulas de los contratos suscritos por **consumidores** y usuarios: " 109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al **consumidor**, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas..."

2.- Control de oficio que se deriva de la exigencia de protección de **consumidores** y usuarios: " 114. En definitiva, como ha reiterado el TJUE "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual" ( SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23)". Control de oficio que se extiende, incluso, a la prueba: " Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba".

3.- El control de oficio puede tener lugar por la vía del ejercicio de acciones colectivas: apartados 128 y 129 de la sentencia citada.

#### B) Límites del control de abusividad.

1.- El control de oficio no puede extenderse más allá de los hechos esenciales fijados por las partes para justificar lo pretendido:

" En definitiva, no puede sustentar su decisión en fundamentos diversos de los alegados, cuando estos delimitan el objeto del proceso".

2.- La nulidad de oficio debe ser planteada motivadamente:

" 126. Por ello la coordinación entre los deberes de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva y respetar el objetivo perseguido por el deber de congruencia, en el supuesto de que el Juez aprecie de oficio la eventual nulidad de cláusulas abusivas en contratos suscritos entre empresarios y **consumidores**, impone someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando a tal efecto los mecanismos precisos".

3.- El control de abusividad de una cláusula amparado por el Derecho de la Unión Europea en su normativa de protección de **consumidores** y usuarios no se extiende a las cláusulas que contienen elementos definitorios del objeto principal del contrato.

" 192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a 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 bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" .

Como excepción, sí es posible el control de abusividad cuando el Legislador nacional lo contempla como un mayor nivel de protección del **consumidor**:

" 193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito



regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al **consumidor** un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

Esta posibilidad legal no puede fundarse en el control de contenido, como el que se prevé en el artículo 82 de la LGDCU:

" Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio".

Sin embargo, esta exclusión no afectaría al control de transparencia que autorizarían los artículos 60 y 80 de la LGDCU, que no comporta un control de contenido o de equilibrio de las prestaciones:

" 197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

4.- Límites de índole procesal en relación con el control de abusividad.

A pesar de regir como imperativo y de ser aplicable de oficio, debe someterse a un previo trámite contradictorio y al cumplimiento de unos requisitos mínimos de transparencia que, sin embargo, no deben de ser rígidos ni exorbitantes con la finalidad de que pueda llegar a ser efectivo:

" 130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas".

### **C) Control imperativo de la cláusula cuya nulidad se pretende con la demanda.**

Se seguirán los criterios expuestos en la Jurisprudencia:

1.- Control imperativo y de oficio.

2.- Trámite contradictorio, que ya se ha verificado.

Únicamente volvemos a reiterar, en relación con la prueba denegada, que en las acciones colectivas no se resuelve sobre casos concretos, sino sobre cláusulas o prácticas empleadas de manera generalizada en la contratación a partir de una o unas, en concreto, que se someten al control jurisdiccional.

Tampoco se fundará la decisión de este tribunal en el mayor o menor grado conocimiento de los **consumidores** acerca de las cláusulas porque su nulidad (en el caso de la acción que se ejercita) no se vincula a " vicios del consentimiento", y tampoco, como ya se indica por la Jurisprudencia, en el control de incorporación (control formal, lingüístico o semántico).

El control que se llevará a cabo, como se indica en las diversas sentencias del Tribunal Supremo ya citadas, es abstracto: se analizan las prácticas y protocolos de incorporación de las cláusulas para verificar que transmitan, de manera clara y destacada, las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula.

No se pone en duda que, con carácter general, la cláusula suelo se pudo haber reseñado en las ofertas vinculantes, o que mediaran previas solicitudes de operación de activo, o que se aludiera a dichas cláusulas en los folletos informativos y en las fichas de información personalizada que maneja el Banco. Toda esa información puede justificar el control de incorporación, pero no el control de transparencia que, en relación con **consumidores**, exige separar y destacar la cláusula suelo, y no englobarla en textos más o menos monótonos y farragosos que no permiten comprender su significado jurídico-económico; lo que se puede explicar con la frase proverbial: " los árboles no dejan ver el bosque". Con tanto detalle y tanta información se desvía la atención sobre lo verdaderamente relevante: las consecuencias económicas que se derivan de la operativa del contrato. Para ello es preciso destacar aquellas cláusulas que, por ser excepción, supongan una alteración del carácter variable del préstamo, y redactarlas de modo sencillo, claro y de manera que, por su propia redacción y por las



pautas previas y coetáneas al contrato, permitan comprender que es un elemento esencial del contrato que opera como excepción a la fluctuación de los tipos de interés con una concreta carga jurídica y económica. La cláusula de límite mínimo del tipo de interés es tan destacada que es la que particulariza al préstamo tanto, o más, que el tipo de interés de referencia (interés variable), porque es en la excepción en lo que radica la peculiaridad, máxime si se tiene en cuenta que, como se ha podido comprobar, la aplicación de las cláusulas suelo no ha sido algo excepcional sino, más bien, bastante habitual.

Por ello, los textos utilizados en fase precontractual o contractual o la información verbalmente ofrecida y referida exclusivamente a la existencia de la cláusula suelo, sin claro reflejo de las consecuencias que de ella se pueden derivar, no contribuye a transmitir eficazmente la distorsión que aquella produce en relación con la consustancial operativa del contrato que se suscribe: préstamo "a interés variable". La eficaz transmisión al **consumidor** del significado de la carga jurídica y económica que la cláusula suelo conlleva es lo que, como control abstracto, se analiza por la Jurisprudencia para garantizar la debida transparencia (sustantiva) verificando si se comunicó de manera sencilla y destacada todo aquello que influye sustancialmente en la delimitación de las obligaciones principales del contrato y, en particular, de la obligación de pago por el prestatario.

### 3.- Congruencia.

La sentencia que se ha de dictar se ajusta a las peticiones de la demanda: se solicita la nulidad de las cláusulas como intrínsecamente abusivas, por lo si se declara su nulidad por abusividad en su incorporación al contrato de préstamo por falta de transparencia sustantiva se está acordando aquello que se solicita (la nulidad, cesación y expulsión de las cláusulas), aunque restringido a un estricto ámbito. Por ello, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 acuerda estimar *en parte* la demanda: no se declara, de manera generalizada, la abusividad de la cláusula en sí misma, por su propio contenido, sino en el concreto ámbito de su incorporación a los contratos por falta de transparencia, por lo que se declara la validez general de la cláusula y se anula solo en aquellos casos en los que, por las pautas y protocolos aplicados para su incorporación, no se cumplieron requisitos esenciales de transparencia en la contratación con **consumidores** y usuarios, comunicando de modo claro, sencillo y destacado tanto el significado de la cláusula (control de inclusión o incorporación) como el de su carga jurídica y económica (control sustantivo), a lo que más adelante aludiremos.

Aunque en la demanda no se utilicen estrictamente los fundamentos jurídicos en los que se basa la Jurisprudencia, sí se alegan los hechos en los que se sustenta la falta de transparencia: alusión a la complejidad de las cláusulas que "hace impensable que su concepción provenga de los usuarios de servicios bancarios" (apartado "c" de la página 31); alusión al "desconocimiento, por parte de los prestatarios de la misma existencia de esta cláusula en el contrato" (antepenúltimo párrafo de la página 31; alusión sobre falta de advertencia a los **consumidores** (penúltimo párrafo de la página 31 y primer párrafo de la página 32); apartado 2) de la página 33, en la que alude a exigencias de la buena fe como referencia a la situación de perjuicio del **consumidor** en escenarios de bajadas de tipos de interés, y página 34 y primera parte de la 35 en el mismo sentido.

Por último, la posibilidad de control de oficio para protección del **consumidor** no sería viable si se encorsetara bajo rígidos y formales requisitos de congruencia. Lo importante en este caso es que la pretensión deducida ofrece la posibilidad de anulación de las cláusulas suelo y que en la demanda se alude a las prácticas de incorporación de la cláusula con falta de transparencia: se invocan actuaciones contrarias a la buena fe y en perjuicio de los **consumidores**, pero también se apunta al desconocimiento e incorporación de las cláusulas como imposición no negociada y no comprendidas por el **consumidor**.

### **CUARTO.- La cláusula de limitación de la variación del tipo mínimo de interés (cláusula suelo): condición general de los contratos.**

Como ya hemos expuesto, el control de abusividad solo puede tener lugar en relación con condiciones generales de los contratos y en el estricto ámbito del control de transparencia que se funda en lo dispuesto en los artículos 60 y 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En artículo 80, y en la rúbrica del Título II del Libro Segundo en el que aquél se contiene, se alude únicamente a "las estipulaciones no negociadas individualmente".

En el escrito de alegaciones presentado en el incidente promovido para audiencia de las partes sobre control de transparencia, la apelante no cuestiona que las cláusulas cuya nulidad se pretende tengan la consideración de condiciones generales de los contratos, pero sí se alude a ello en el recurso de apelación.

En el apartado 162 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 se dice: "En consecuencia, si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU -ya que no existe un **consumidor**





concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con **consumidores**, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente".

Nos atenemos a lo expuesto en el apartado anterior y a los demás fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo ya citada, en la que, además, se califica como hecho notorio el carácter de condiciones generales de los contratos de las cláusulas contenidas en contratos financieros por su formulación e incorporación generalizada y estandarizada: " Pues bien, es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados [...] 157. Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC 2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «**consumidores**» de cláusulas contractuales", y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas[...] 159. En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente: "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad".

Aunque en el recurso de apelación se niega que la cláusula suelo se incorpore como condición general, lo viene admitir cuando dice: " la cláusula suelo o cláusula de tipo mínimo de interés se incorpora a una pluralidad de contratos de préstamo hipotecario, pero carece de la cualidad de ser impuesta por mi representada, ya que es elegida por el propio prestatario, dentro de la gama de préstamos que ofrece en general a sus clientes" (folio 375 de los autos). Por lo tanto, la opción que se ofrece es en relación con " la gama de préstamos", pero una de ellas es la que contiene la cláusula suelo que se incorpora de manera generalizada a esa " gama" de préstamos; el cliente elige el tipo de préstamo pero las condiciones que cada una de ellas contiene son impuestas para cada uno de ellos. Para que una cláusula tenga la consideración de condición general no es necesario que se incorpore a la totalidad de los contratos, y ni siquiera que se incorpore de manera prácticamente generalizada; es suficiente con se incorpore a una pluralidad de contratos: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes [...] habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos " ( artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

También se dice en el recurso: " todas estas operaciones se hacen en el marco de una negociación conjunta de todas las condiciones del préstamo hipotecario [...] todo ello dentro de un amplia gama comercial [...] Es decir, que la cláusula suelo, es elemento más de las condiciones financieras consideradas en su conjunto" (folio 378 y 379). Y también dice: " Lo cierto es que la mayor parte de los prestatarios eligen la modalidad de tipo variable y, dentro de ésta, el establecimiento de límites mínimo y máximo debido a que ellos conlleva el pacto de mejores diferenciales sobre los tipos de interés tanto en Caja España como en el resto de las Entidades de crédito" (folio 387).

Todo lo expuesto nos lleva a una conclusión evidente: tal vez el cliente pueda elegir la modalidad de contratación pero, dentro de cada modalidad, la cláusula va predispuesta y es impuesta de manera generalizada. Y para que no quede duda acerca de la generalización, en el recurso de apelación se dice: " Por otra parte, el impacto de esta medida podría suponer según estimaciones de las entidades de crédito, un impacto de alrededor de 7.000 millones de euros a devolver por aplicación retroactiva de la nulidad".

#### **QUINTO.- Control de transparencia.**

##### **A) Doble control de transparencia.**



La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 contempla y doble control de transparencia: el control de inclusión o de incorporación (llamémoslo control formal) que afecta a todas las condiciones generales de los contratos y guarda directa relación con la identificación y comprensión del significado de los términos de la cláusula, y el control de abusividad en la negociación de la cláusula (llamémoslo control sustantivo) que afecta solo a las condiciones generales en contratos con **consumidores** y guarda relación directa con la comprensión de la carga jurídica y económica de la cláusula (este es el que se define y funda la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y las demás que, con posterioridad, se han dictado sobre control de transparencia en relación con las cláusulas "suelo").

En un último escrito presentado por la apelante se alude a un "tercer filtro de transparencia" introducido, según indica la parte apelante, por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015 (recurso 2658/2013). Solo podemos decir que si eso fuera así ni siquiera el Alto Tribunal que la dictó se dio cuenta de que introducía un tercer control, ya que en todo momento alude a un "doble" control. Citamos, a modo de ejemplo, el tercer párrafo del apartado 2 de la decisión de la Sala sobre el primer motivo del recurso de casación del Banco Popular S.A.: "Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»".

Este es el doble control al que este tribunal ha aludido, sin que exista un "tercer filtro" como se indica por la parte apelante. Al parecer, la apelante se basa en un fundamento de la sentencia en el que se dice: "Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el **consumidor** en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación"; subraya la parte apelante el último inciso de este apartado. Con tal expresión solo se pretende destacar que la abusividad no se puede enfocar en relación con el equilibrio objetivo entre precio y prestación, porque no es posible un control de equilibrio del contenido de la cláusula, sino en relación a cómo se pudo representar el **consumidor** el significado y alcance de la cláusula. Esta alusión a la subjetiva representación de lo que puede representar la cláusula es lo que lleva a emplear la referencia al "equilibrio subjetivo del precio y prestación"; subjetividad entendida en relación con el "defecto de transparencia" sobre el que trata, y no en relación con el control a efectuar. Es decir, cuando alude a "equilibrio subjetivo" se refiere a cómo se transmite a cada **consumidor** el contenido de la cláusula para que pueda comprender "las circunstancias concurrentes en la contratación". Por todo ello, el control de transparencia es objetivo (pautas de incorporación de la cláusula) y tiene como objeto valorar si la incorporación de la cláusula permite al **consumidor** comprobar el equilibrio del precio y prestación. Es decir, la finalidad del control (objetivo) no es comprobar si existe un equilibrio interno entre el precio y la prestación (equilibrio objetivo) sino determinar si ese equilibrio puede ser percibido por el **consumidor** (equilibrio subjetivo); no se deben confundir las características del control (objetivo) con su finalidad (verificar si se transmite a los sujetos una clara comprensión de la relación entre precio y prestación).

La invocación de este "tercer filtro" lleva a la parte apelante a aludir a la imposibilidad del control de transparencia con carácter abstracto a partir de un criterio de transparencia subjetiva. La calificación de la transparencia como "subjetiva" es tautológica, porque toda transparencia, desde una óptica finalista, es siempre subjetiva porque el destinatario de la información es siempre un sujeto, pero el control de transparencia (no la transparencia) es objetivo y, además, abstracto, como así se indica en todas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se trata sobre las cláusulas suelo. Y así, la sentencia del TS antes citada dice: "el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto... ". El control de transparencia no pretende satisfacer exigencias sobre la libre y consciente prestación del consentimiento, ausente de vicios que la invaliden, sino que tiene como finalidad garantizar que los medios empleados para garantizar la transferencia son eficaces e idóneos para la comprensión de la cláusula por el destinatario.

En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2016 al aludir a la abusividad dice: " *Como se observa, un círculo vicioso que oculta lo que realmente resulta obvio: que la cláusula abusiva no lo es en abstracto sino en la concreta configuración que adopte en la reglamentación predispuesta*" (en el mismo sentido, la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015). Se dice que lo que puede resultar abusivo es la concreta configuración que se adopte en la reglamentación predispuesta (pautas y protocolos de incorporación), pero no la cláusula en abstracto (la cláusula considera solo por su contenido). Pero no se debe confundir la abusividad de la cláusula (que no se declara en abstracto) con la abusividad que pueda resultar del control de transparencia: la cláusula no es abusiva por su redacción (en abstracto) sino que puede serlo por la concreta configuración de la reglamentación predispuesta para su incorporación al contrato (parámetros y pautas aplicados: cómo destacarla, cómo distinguirla, cómo significarla como cláusula esencial para la delimitación del contenido económico, cómo opera en contradicción con la idea básica del préstamo a interés variable...).

Para despejar cualquier duda al respecto, diremos que el control de transparencia va más allá de la mera redacción de la cláusula (en abstracto y de manera general) y se extiende al proceso y a las pautas seguidas y aplicadas para su incorporación a los contratos como condición general. Y este control de transparencia sí es abstracto en acciones colectivas, como así se indica en la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 y en la de 9 de mayo de 2013; en esta última se dice: " 234. *Antes de examinar si las cláusulas son contrarias a la buena fe y si causan desequilibrio importante en perjuicio del consumidor son necesarias algunas precisiones, habida cuenta de que nuestra decisión responde a un control de abusividad abstracto, aunque tome como punto de referencia las concretas cláusulas utilizadas por las demandadas en los documentos transcritos con detalle en su parte bastante en el antecedente de hecho primero de esta sentencia*". Y lo vuelve a reiterar en el apartado 246: " *De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores...*". También en el apartado 252: " *por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva*". En este apartado, en particular, matiza incluso que el control no se puede limitar a la esfera subjetiva, como sostiene la parte apelante cuando alude a la transparencia "subjetiva". Por eso en la sentencia se dice: " 238. *Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente*". Y lo reitera en el apartado 246: " *De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores: [...] b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente*".

Y como respuesta directa a la alegación formulada por la parte apelante, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 2015, recurso 1765/2013, dice: " 7.- *Por último, la alegación de que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciado caso por caso, no se comparte, porque es incompatible con la regulación que tanto el Derecho interno como el comunitario hacen de la acción colectiva [...] De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería*".

En definitiva: solo se ha de verificar un doble control de transparencia (formal y sustantivo) que se caracteriza, de modo particular en las acciones colectivas, como abstracto, lo que excluye una prospección subjetiva.

## **B) Control abstracto.**

Como ya hemos indicado, el control de transparencia, en relación con cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés incorporadas a contratos suscritos por **consumidores**, no se vincula con la esfera subjetiva de la contratación o con eventuales vicios del consentimiento, sino, en abstracto, a las pautas y protocolos de incorporación de la cláusula. Y así, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014 (recurso 1217/2013), califica el control de transparencia " *como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU ) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco*



de la reglamentación predispuesta..." (apartado 6 del fundamento 2º). Y matiza (apartado 7 del fundamento 2º) " que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado..."

Lo relevante no es determinar en qué medida pudo el contratante saber de la cláusula suelo; lo relevante es valorar si la cláusula se ha incorporado al contrato de préstamo con la debida transparencia cuando esté destinada a operar en relación con **consumidores**.

Las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven sobre la abusividad de las cláusulas de limitación del tipo mínimo de interés no se fundan en el contenido concreto de la cláusula sino, en general, a todas las circunstancias concurrentes en la contratación: " 237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

En definitiva, el control de transparencia no se ciñe al contenido de la cláusula o a la cláusula en si misma considerada (en abstracto), sino a todas las circunstancias que rodean la actividad de contratación de la predisponerte y en particular, las referidas a la incorporación de las estipulaciones.

#### **SEXTO.- Control de transparencia en el caso concreto.**

Siguiendo los parámetros establecidos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el control a aplicar es el que hemos denominado sustantivo: " 215. Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con **consumidores**, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Ese control de comprensibilidad abarca tanto la carga económica del contrato celebrado (onerosidad o sacrificio patrimonial que supone la aceptación de la cláusula como contrapartida a la prestación económica que se quiere obtener) como su carga jurídica (definir y destacar la cláusula como elemento esencial del contrato que delimita la obligación de pago del prestatario, y delimitar la asignación o distribución de los riesgos de su aplicación y desarrollo).

En el caso que nos ocupa se aporta una escritura de préstamo en concreto, respecto de la cual nada se ha objetado por parte de la demandada. Y aunque sí ha cuestionado que la cláusula impugnada tenga la consideración de condición general de la contratación, no se ha negado que se haya incorporado a una pluralidad de contratos y/o que estén destinadas a tal fin, por lo que entran en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (nos remitimos a lo expuesto en el fundamento cuarto).

La cláusula examinada y las pautas de contratación que se indican en el escrito de alegaciones presentado por la apelante no difieren significativamente de las que fueron declaradas abusivas en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (BBVA y otros) y 23 de diciembre de 2015 (Banco Popular). En esta última se dice: " 1.- Basta con leer la sentencia recurrida para constatar que ello no es así. Ciertamente, se hace una extensa remisión a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto que fue la primera de esta Sala que abordó el problema de la validez de las denominadas cláusulas suelo; y en la fecha que se dictó la sentencia ahora revisada, la única que todavía habíamos dictado. Pero junto a estas remisiones, detalladas y extensas, se trata específicamente la cláusula controvertida, sin que se aprecie tacha alguna en que se haga de forma relacionada con la utilizada por la otra parte demandada, "BBVA", por cuanto ambas condiciones generales de la contratación presentaban similitudes evidentes y se referían a una misma problemática fáctica y jurídica. 2.- Como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo , tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación; máxime si, como sucede en este caso, tras dicha apoyatura jurisprudencial, se analiza en concreto la cláusula que es objeto de litigio" (final del motivo cuarto del fundamento segundo).

Las pautas y protocolos de incorporación de las cláusulas son reiterados en la contratación porque se ajustan a una normativa

sectorial cuyo seguimiento formalizado opera más como una pantalla de protección que con la finalidad que le es propia: transmitir la carga jurídica y económica de la cláusula y destacarla como elemento definitorio esencial del contrato. Ese "seguidismo" de pautas estandarizadas es contrario a la finalidad perseguida por las normas que regulan la transparencia en la contratación bancaria, y es lo que convierte en reiterativo el análisis y valoración que sirve de fundamento al control de transparencia.

En cualquier caso, siguiendo los criterios establecidos en el apartad 223 de los fundamentos de derecho de la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 llegamos a las mismas conclusiones:

1.- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

La cláusula analizada no aparece destacada como elemento definitorio del contrato. A diferencia de otras cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato (capital del préstamo, finalización del plazo, tipo de interés), que aparecen destacados encabezando el enunciado de cada una de las cláusulas en las que se insertan, la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés aparece relegada a un párrafo del apartado tercero bis, sin aparecer destacada en modo alguno.

2.- La cláusula suelo se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**.

En la rúbrica de la estipulación tercera bis, donde se encuentra localizada la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés, se destaca que el tipo de interés es variable, y se relega a un párrafo muy posterior la cláusula suelo/techo a la que ni siquiera se le otorga una cierta autonomía dentro de la propia cláusula y, por supuesto, no se hace mención alguna que la distinga como contradictoria con el interés variable, ni tampoco se especifica de algún modo que constituye un elemento definitorio relevante del contenido económico del contrato.

En el escrito de alegaciones presentado por la parte apelante en relación con el control de transparencia, se hace alusión a la operativa que se dice desarrollada por la entidad financiera, con múltiple información de todo tipo. Aunque no fue admitida la prueba propuesta sí se pueden tener en cuenta las alegaciones efectuadas.

En esta sentencia se ha de resolver sobre una acción colectiva, por lo que no puede el tribunal analizar de manera individualizada cualquiera de las situaciones que se pudieran haber dado, pero de las alegaciones efectuadas sí se desprende que la información a la que se alude por la entidad financiera se convierte en un agolpamiento de datos que solo sirven para dificultar la transmisión de la información relevante. Con el control de transparencia se pretende, precisamente, garantizar la adecuada transmisión de la información, que ha de abarcar la carga económica y jurídica de la cláusula. Por lo tanto, la información a través de prolijas y farragosas enumeraciones no contribuye a transmitir eficazmente la información; no se trata solo de informar sino de transmitir adecuadamente la información.

Lo que sí resulta de las alegaciones de la parte, por no aludir a lo que resulta de la documentación aportada, es que las cláusulas se incorporan como cláusula estereotipada englobaba en la cláusula del tipo de interés variable en la que se destaca esta modalidad en la rúbrica de la cláusula y se posterga, sin autonomía alguna, la de limitación de la variación del tipo de interés, y en ningún caso se destaca que esta cláusula opera en contra de la fluctuación variable del tipo de interés pactado como régimen ordinario.

Las ofertas vinculantes tampoco añaden nada si la información que se facilita se inserta igualmente en un conglomerado de cláusulas sin que aparezca destacada y tan postergada, o más, que en la escritura pública de contrato de préstamo.

Otro tanto ocurre con las fichas informativas, siendo de destacar que a las que se alude en el escrito de alegaciones como documento nº 3 son de fecha posterior a la disolución de Caja España de Inversiones; hecho este relevante como se indicará al tratar sobre los límites subjetivos de esta sentencia.

Insistimos en que tal vez se explicara a los **consumidores** el contenido de la propuesta y -con seguridad- el notario leyó el contenido de la escritura pública, pero la mera lectura de un contrato no releva a la entidad financiera de la obligación de actuar con la debida transparencia: el que predispone la cláusula sabe -o debe de saber- el alcance de sus condicionados, y tiene la obligación de destacar las condiciones que, por englobarse entre otras muchas especificaciones, pudieran pasar desapercibidas, sobre todo aquellas que se refieren a elementos delimitadores del contenido económico esencial del contrato, como lo es la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés.



Como justificación no cabe ampararse en la normativa sectorial ni en la cumplimentación de todo tipo de formularios si al hacerlo solo se persigue "  *cubrir un trámite*" en lugar de conseguir la finalidad pretendida por la normativa sectorial: garantizar la comprensión de la importancia de las cláusulas, de su contenido económico y de su operativa y consecuencias.

3.- La cláusula crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

La cláusula suelo convierte el interés variable en fijo a favor del Banco cuando el referencial variable pactado se sitúa por debajo del límite mínimo establecido, por lo que su inclusión en la cláusula referida al interés variable no solo resulta contradictoria sino que puede inducir a confusión y ocultar su alcance. Supone una restricción al interés variable y, por ello, pudiera pensarse que se debería redactar como parte de la cláusula que lo regula, pero no se incorpora con la debida transparencia si no se la dota de sustantividad propia con redacción separada y con la debida prevención de que constituye una excepción al interés variable que elude el posible efecto favorable que se derive de una bajada del tipo de referencia. Si el préstamo se califica como de interés variable se puede inducir a error si no se especifica que puede operar como si fuera de interés fijo si el referencial queda por debajo del tipo mínimo pactado o, si se prefiere, si no se destaca que se trata de una modalidad muy particular de préstamo a interés variable que elude las fluctuaciones que lo caracterizan, por lo que el carácter variable es restringido.

4.- Ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y en fase precontractual.

La evolución del tipo de interés en el mercado hipotecario es fluctuante y puede operar en un sentido o en otro. Pero cuando se pacta un interés variable y se fija una cláusula suelo se ha de ofrecer información precisa al respecto incluso, si no se hizo antes, en el momento mismo del otorgamiento de la escritura pública, con alguna mención a la evolución de los tipos de interés; al menos en anualidades próximas, sin que suponga dificultad alguna concretar cual ha sido el tipo medio del referencial (el Euribor, por ejemplo) en los últimos 8 ó 10 años), lo que da una idea al prestatario acerca de si el tipo mínimo resulta ajustado a dicho promedio o si, por el contrario, puede suponer un riesgo de excesivo coste financiero.

También se puede indicar en la cláusula que su aplicación puede dar lugar a que el préstamo calificado como a interés variable realmente opere como un préstamo a interés fijo, marcado por el tipo mínimo, en escenarios de bajos tipos de interés. De igual modo se puede destacar que el tipo máximo no opera como garantía frente a subidas y así no transmitir la idea de que responde a un equilibrio en el reparto de riesgos. En definitiva, se debe destacar que el contrato de préstamo a interés variable "no es tan variable" o, más bien, es poco o prácticamente nada "variable".

5.- Inexistencia de advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad.

En el recurso de apelación se dice: "  *Lo cierto es que la mayor parte de los prestatarios eligen la modalidad de tipo variable y, dentro de ésta, el establecimiento de límites mínimo y máximo debido a que ello conlleva el pacto de mejores diferenciales sobre los tipos de interés...*". Aquí radica, en buena medida, la falta de transparencia, porque el **consumidor** percibe de modo muy directo el menor coste de financiación que supone el contrato que suscribe, pero no que la cláusula suelo puede situar ese coste bastante por encima del que supondría un tipo variable sin cláusula suelo. Y no lo sabe porque no se le destaca este riesgo ni se le facilita información sobre la evolución del tipo de referencia, ni se representa los riesgos de las consecuencias económicas. A lo que habría que añadir que tampoco consta, en modo alguno, que a los **consumidores** se les ofrecieran otras alternativas de interés variable que no llevaran añadida la cláusula suelo. Tan es así, que en el recurso se cifra en 7.000 millones de euros la cifra a devolver si se anulan las cláusulas suelo, lo que nos da idea de que si existía alguna alternativa de préstamo a interés variable sin cláusula suelo, no debió de prodigarse mucho.

Por todo lo expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula suelo por abusividad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 60.1 y 80.1 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.

#### **SÉPTIMO.- Delimitación del ámbito objetivo y subjetivo de esta sentencia.**

##### **A) Ámbito subjetivo.**

a.1.- *En relación con el prestatario.*

Las acciones colectivas conducen a un control abstracto, al que se alude ya en la primera de las dictadas en relación con la cláusula "  *suelo*", de fecha 9 de mayo de 2013.



Estas acciones producen efectos en relación con todos los contratos en los que se incorporan cláusulas idénticas o semejantes cuando en ellos hayan participado **consumidores**, como se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, y es lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores** cuando establece: " 1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los **consumidores** y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y **consumidores**. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, 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 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". Precepto que ha sido transpuesto a nuestro ordenamiento interno en el artículo 11 de la LEC , y que tiene su proyección objetiva en la delimitación del ámbito subjetivo de eficacia de la sentencia en el artículo 221. 1, regla segunda: "2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los **consumidores** y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

Esta eficacia general se reseña en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª) de fecha 26 de abril de 2012 (asunto C-472/2010): " 43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con **consumidores**, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los **consumidores** que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula".

La sentencia que confirma la dictada por el Tribunal Supremo, de fecha 23 de diciembre de 2015, confirma la sentencia recurrida en la que se acuerda declarar que " quedarán afectadas por la declaración de nulidad", entre otras, las referidas a la limitación de la variación del tipo de interés variable, y deja incólume el pronunciamiento B) del fallo de la sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil que da una orden general de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, y exige a las entidades demandadas que eliminen de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Por lo tanto, la anulación y sus efectos se extienden a todos los **consumidores** y usuarios, sin limitación ni restricción alguna.

No tiene sentido entrar a distinguir entre **consumidores** más o menos avezados. Sería, además, una tarea atrevida porque en un plano abstracto no se pueden clasificar las personas, ni por su profesión ni por sus concretos conocimientos. Un abogado puede tener altos conocimientos financieros (si trabaja como asesor de un banco, por ejemplo) o carecer por completo de ellos si trabaja en áreas ajenas al entorno bancario. Por el contrario, una persona sin titulación específica puede tener grandes conocimientos financieros, como aquel que trabaja como empleado cualificado de una entidad financiera o de una empresa que preste servicios financieros o de asesoramiento financiero.

La protección a los **consumidores** no distingue entre **consumidores** " altos, medios o bajos". La protección es general y abarca a todo los que tienen tal condición.

Por lo tanto, deben de ser anuladas todas las cláusulas que afecten a **consumidores**, porque el control de abusividad no se proyecta en relación con los conocimientos del prestatario sino en cómo se incorporaron las cláusulas en el contrato de préstamo que le obliga: si se incorporaron como la cláusula analizada, o de manera semejante, la cláusula será nula. Por el contrario, no sería nula la cláusula suelo si se destacó como estipulación separada del tipo de interés variable, si se dejó claro que era una cláusula definitoria de elementos esenciales del contrato, si se suscribió después de haber ofertado otros préstamos a interés variable sin tal cláusula, si no se englobó en una maraña de datos... Pero, y eso es lo importante, la nulidad de la cláusula no se puede condicionar a perfiles personales concretos porque todo **consumidor** se ha de ver amparado por la nulidad acordada.

a.2.- En relación con la prestamista.

La demanda se dirige frente a Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad. No consta de modo fehaciente cuando se disolvió esta entidad para integrarse, por fusión, en la que se pasó a llamar Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad. En las copias de las escrituras



que aportó la apelante junto con su escrito de alegaciones se alude a una escritura de fecha 4 de octubre de 2010 (citamos un documento inadmitido solo a efectos explicativos). Lo que está claro es que cuando se presenta la demanda, y se causa litispendencia ( art. 410 LEC), todavía tenía personalidad jurídica la citada entidad. Además, en la demanda se alega la contratación de dicha entidad como hecho en el que se ha fundar el control de transparencia, y solo aporta contrato de préstamo suscrito con dicha entidad. No se hace referencia alguna a otras entidades con las que CAJA ESPAÑA se pudo haber fusionado ni a sociedades que pudieran haber asumido su posición en los contratos.

Por lo tanto, aunque sea BANCO CEISS la entidad pasivamente legitimada por sucesión procesal, no se puede extender la anulación a contratos que no sean los suscritos por Caja España de Inversiones, porque una cosa es suceder en la posición procesal y otra, diferente, extender el ámbito subjetivo más allá del indicado en la demanda, y porque la acción de cesación tiene un objeto subjetivamente delimitado: cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo suscritos por Caja España.

No podemos, por lo tanto, enjuiciar la contratación que pudieron haber desplegado otras entidades que con ella se pudieran haber fusionado, ni la de entidades financieras que pudieran haber resultado por fusiones, absorciones... Elementales razones de congruencia impiden extender la nulidad a contratos que no se encuentren en el ámbito subjetivo delimitado con la demanda.

## B) Ámbito objetivo.

b.1.- *Supuestos de subrogación del deudor* (supuesto habitual de comprador de vivienda que se subroga en la posición de prestatario que correspondía originariamente a la promotora que le vende la vivienda gravada con hipoteca).

Tal y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés es una condición general que se impone por el predisponente, ya sea en un contrato originario o en otros que, por cualquier clase de vínculo contractual (subrogación o novación, o ambas cosas), trasladen la cláusula al ámbito de la relación contractual con el **consumidor**.

El control de transparencia, en relación con cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés incorporadas a contratos suscritos por **consumidores**, no se vincula con la esfera subjetiva de la contratación o con eventuales vicios del consentimiento sino, en abstracto (como se indica en la Jurisprudencia), a las pautas y protocolos de incorporación de la cláusula. Y así, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014 (recurso 1217/2013), califica el control de transparencia " *como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU ) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta...*" (apartado 6 del fundamento 2º). Y matiza (apartado 7 del fundamento 2º) " *que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado...*".

Lo relevante no es determinar en qué medida pudo el contratante saber de la cláusula suelo; lo relevante es valorar si la cláusula se ha incorporado al contrato de préstamo con la debida transparencia cuando esté destinada a operar en relación con **consumidores**. La cláusula se introduce como una condición general predispuesta y no negociada, porque, como se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: " *... no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al **consumidor** una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato...*". Por ello, tanto si se contrata directamente el préstamo con el **consumidor** como si este se incorpora como prestatario en virtud de subrogación y/o novación, la cláusula suelo sigue siendo una condición general, conforme se indica en el apartado 165 de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013: " *De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el **consumidor** no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos*





empresarios. d) *La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los **consumidores**, recae sobre el empresario". Y como condición general que vincula al **consumidor** (sea cual sea el medio de incorporación) es susceptible de control de transparencia.*

El control de transparencia, por lo tanto, se ha de extender a la cláusula, tanto si se incorpora por novación como si en el contrato originario ya preexistía, como también, y por igual motivo, ha de suceder en el caso de **consumidor** que se subroga en el préstamo hipotecario suscrito por otro, como así se ha indicado por este tribunal en diversas sentencias y, entre ellas, en la de fecha 22 de junio de 2015 (recurso 221/2015): " *Es decir, al cliente no se le ofrecen diversas vías de financiación sino una muy concreta que no le permite discernir cuál de ellas podría resultarle más idónea. Y aquí reiteramos que lo que se ha de analizar es si la información exigible se transmitió al **consumidor**, no quien debió de hacerlo, porque no estamos resolviendo sobre una acción encaminada a exigir responsabilidad civil, sino sobre la validez de una cláusula que se condiciona a la verificación de un doble control de transparencia cuya única finalidad es comprobar que el **consumidor** comprendió el significado de la cláusula y sus consecuencias jurídico-económicas, con independencia de quien debiera de haber actuado para superar ese doble control. Los criterios sustentados en esta sentencia ya han sido aplicados por este tribunal en nuestras sentencias de fecha 28 de octubre de 2014 (rec. 66/2014 ), 5 de diciembre de 2014 y 7 de abril de 2015 (rec. 92/2015 ) que llegan a las mismas conclusiones adoptadas en las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de fecha 14 de mayo de 2014 , de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz , de fecha 14 de enero de 2014 , de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 6 de junio de 2014 y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 7 de julio de 2014 , entre otras".*

Y en nuestra sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014 (recurso 357/2014), ajustándonos a los criterios establecidos en la STS de 9 de mayo de 2013, expusimos: " *La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, recurso 485/2012, resuelve un recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) que resolvía sobre una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los **consumidores**. En los hechos reconocidos en el apartado primero de los fundamentos de derecho (resumen de antecedentes) se delimita el ámbito objetivo al que afecta la acción colectiva y se refiere a la totalidad de los préstamos hipotecarios que contienen cláusulas de limitación de la variación de los tipos de interés de las entidades afectadas, sin distinción alguna, y en el fallo se acuerda declarar la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales descritas en el antecedente de hecho primero y condena a las entidades afectadas por la acción ejercitada a eliminar las cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización. El control que se lleva a cabo en la precitada sentencia es un control abstracto por referencia a las cláusulas y no por referencia a la particularidad de la negociación concreta de cada una de ellas, y así se indica en su apartado 246: "De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con **consumidores**". Y en su subapartado b) matiza: "No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto **consumidor** adherente" (la subrogación en la hipoteca, por ejemplo). Y en su apartado c) precisa aún más: "No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación" (como ocurriría, por ejemplo, cuando la obligación de información no residiera, principalmente, en quien dispuso la cláusula). Y para mayor precisión, en el apartado d) se dice: "Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo". Este control abstracto se delimita en el apartado 235: "Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénczügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 7)". Y para mayor concreción sobre el ámbito de una eventual abusividad, sin necesidad de entrar en las concretas circunstancias, dice en su apartado 239: "Tampoco incide en nuestra valoración el hecho de que, en ocasiones, el **consumidor** se subroga en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994". Y todavía matiza más en su apartado 245 en relación supuestos en los que la cláusula se desarrolla en pluralidad de actos: "El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos" (en el caso de subrogación hipotecaria el doble control se puede efectuar igualmente en la "fase genética", es decir, en el contrato originario). En definitiva, el control abstracto permite analizar la potencial abusividad de la cláusula desde el mismo momento en que se incorpora a un contrato que puede -y de hecho suele ser así- trasladar a **consumidores** y usuarios sus consecuencias jurídico-*

económicas. Como se indica en la sentencia del TJUE citada en el apartado 235 de la STS de 9 de mayo de 2013 : "el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este caso, el préstamo hipotecario se vincula al de compraventa de la vivienda que potencialmente faculta para subrogar a un **consumidor** en la posición del prestatario) [...] Estos derechos reconocidos a los **consumidores** son complementarios de cualesquier otros que se le puedan reconocer [...] Y para ello, y como se ha indicado, no se ha de partir de un control concreto sino de un control "abstracto" en la medida en que el contrato suscrito por la entidad financiera y la promotora de la edificación sea susceptible de transmitir sus efectos a **consumidores** y usuarios. Por ello, las normas reguladoras de la obligación de informar al **consumidor** sobre las cláusulas del préstamo hipotecaria (Real Decreto 515/1989) podrán desplegar sus efectos en lo relativo a la responsabilidad de la entidad financiera y de la vendedora de la vivienda, ya sea para su exoneración o imputación, pero el control de transparencia de la cláusula va más allá de quien tenga el deber de informar y entronca en la incorporación misma de la cláusula, por lo que no se trata de establecer responsabilidades (en atención a quien debe de informar) sino de determinar si la cláusula (en su fase genética) supera el doble filtro exigido por la Jurisprudencia ( STS de 9 de mayo de 2013 ) y si en el desarrollo de la contratación se traslada al **consumidor** con la debida transparencia".

La sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 emite la siguiente conclusión, en relación con el control abstracto de las cláusulas: " 246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con **consumidores**: [...] b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto **consumidor** adherente".

Lo relevante no es cómo se genera la cláusula (préstamo directamente contratado por el **consumidor**, novación o subrogación) sino valorar el cumplimiento de un protocolo de actuación que garantice la transparencia, y así se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014, que dice: " la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia" (apartado 9 del fundamento segundo). Y a continuación analiza que, precisamente, por esa particularidad del control (abstracto), lo relevante no es que se presente una oferta vinculante o que el notario emita su advertencia, sino que la redacción de la cláusula y los protocolos de actuación para su conformación no dejen lugar a duda sobre sus consecuencias económicas (onerosidad o sacrificio patrimonial que representa para el prestatario en relación con la contraprestación recibida) y jurídicas (elemento definitorio esencial del contrato que delimita la cuantía de la cuota mensual a pagar por el prestatario y que se antepone al tipo de interés de referencia pactado como variable).

De hecho, en la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 se efectúa el control de transparencia en relación con diversas escrituras de novación de préstamo, y alguna de ellas con subrogación, como así consta en sus antecedentes. Y la sentencia del TS de fecha 8 de septiembre de 2014 versa sobre cláusula inserta en una primera escritura de préstamo con novación posterior. Y en todos los casos la Sala 1ª del Tribunal Supremo aplica el control de transparencia y anula las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés con carácter general y con independencia de cómo se incorporan las cláusulas (redactadas en el contrato de préstamo suscrito por el **consumidor** o aceptadas por este a través de subrogación y/o novación).

Y de modo concreto y específico se contempla la subrogación, como supuesto comprendido en el ámbito de la anulación de la cláusula suelo, en el apartado 239 de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013: " Tampoco incide en nuestra valoración el hecho de que, en ocasiones, el **consumidor** se subroge en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994 ".

Por todo lo expuesto, el control de transparencia es de aplicación a los contratos de préstamo que incorporan de algún modo la cláusula suelo, con independencia de cuál sea su fase genética (primera contratación de préstamo, novación y/o subrogación).

#### b.2.- Supuesto concreto de novación del préstamo hipotecario.

La novación no excluye la consideración de condición general de los contratos de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés, como así se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013: " 143. [...] El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al **consumidor** una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al



contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".

Por lo tanto, la novación de las condiciones financieras no supone que hayan sido negociadas y se someten al control de transparencia, sin que se puede extraer consecuencia alguna de la modificación que aquella comporte: " 235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71). 236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" ( STS 9 de mayo de 2013).

Así pues, el carácter abusivo de la cláusula se apreciará " considerando todas las circunstancias [...] de otro del que dependa", como se indica en la sentencia ya citada. Una novación o una subrogación, como indicaremos después con más detalle, no excluye la consideración de la abusividad de la cláusula porque lo que se valora es su potencial efecto de transmisión de la carga económica del contrato celebrado (onerosidad o sacrificio patrimonial que supone la aceptación de la cláusula como contrapartida a la prestación económica que se quiere obtener) y su carga jurídica (definir y destacar la cláusula como elemento esencial del contrato que delimita la obligación de pago del prestatario, y delimitar la asignación o distribución de los riesgos de su aplicación y desarrollo). Resulta irrelevante si la cláusula se introduce por primera vez con la novación o si se reitera íntegra o parcialmente la que ya preexistía: el hecho de la novación no añade una mayor carga de transparencia; si la cláusula no se identifica y destaca como elemento esencial del contrato y deja patente la distribución de riesgos, y si no subraya la onerosidad que supone en relación con las obligaciones del prestatario, es igual que se incorpore a un condicionado inicial (el de un eventual préstamo originario) o a unas condiciones, igualmente predispuestas, posteriores (llámese novación o subrogación).

b.3.- *Supuesto de subrogación de acreedor* (banco que se subroga como prestamista en la posición de otro banco).

Este caso es diferente, porque en la contratación no participó Caja España, con lo que estos supuestos se sustraen al ámbito de congruencia establecido con la demanda. Si Caja España se limitó a subrogarse en la posición de la prestamista que contrató la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés, la nulidad acordada por esta sentencia no puede extenderse a dicha cláusula (la contratada por una entidad financiera diferente de aquella). La razón es obvia: no puede el tribunal entrar a valorar, ni por acción individual ni por acción colectiva, cláusulas que no aparecen incorporadas en contratos que han sido negociados por entidades diferentes de Caja España, porque no se alude a ellas y porque este tribunal no dispone de elementos de juicio para valorar lo que pudieran haber contratado otras entidades y si negociaron las cláusulas con o sin la debida transparencia.

Todo ello sin perjuicio -claro está- de que se puedan ejercitar acciones individuales para acreditar la falta de transparencia en la negociación con la prestamista originaria y de la eventual extensión, en su caso, a la entidad que se pudiera haber subrogado. Y, en su caso, también sin perjuicio del efecto de cosa juzgada indirecto o reflejo que pueda derivarse de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo para resolver sobre acciones colectivas en relación con las entidades afectadas.

#### **OCTAVO.- Consecuencias jurídicas derivadas de la abusividad por falta de transparencia .**

1.- Nulidad de la cláusula.

La abusividad conlleva la nulidad de la cláusula, conforme establecen los artículos 83 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 artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

2.- Cesación.

Al resolver sobre una acción de cesación, la consecuencia de la nulidad de la cláusula es la cesación del empleo de la cláusula, lo que comporta, como se solicita en la demanda, la eliminación de la cláusula abusiva



de la contratación y la condena a abstenerse de utilizarla en el futuro. Ahora bien, al referirse la pretensión únicamente a los contratos de préstamo suscritos por una de las entidad financieras integrada en el actual BANCO CEISS, la condena de utilizar las cláusulas en el futuro ha de referirse a los contratos suscritos por Caja España de Inversiones.

### 3.- Publicación.

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en relación con la publicación de la sentencia, dice.

*"297. Por el contrario procede la condena a la publicación del fallo en un diario en la forma indicada en la sentencia de la primera instancia sin que se aprecie utilidad real alguna de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil".* Procede por lo tanto, la publicación del fallo de esta sentencia en un diario de comunicación, pero no así en el BORME.

### 4.- Inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

Procede acordar la inscripción en el Registro Mercantil de esta sentencia, tal y como se establece en el artículo 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

### 5.- Incidencia de la anulación de la cláusula en los contratos en los que va incorporada.

Elementales razones de congruencia impiden un pronunciamiento en este sentido, porque ni la parte actora ni el Ministerio Fiscal han solicitado condena alguna de la entidad demandada; en concreto, no se pide condena dineraria o de recálculo de cuotas ni nada semejante.

El tribunal de apelación puede -y debe- apreciar de oficio la eventual abusividad de una cláusula, pero en el ámbito de una acción colectiva no puede establecer consecuencias económicas que afectan a particulares sin que haya solicitado algo al respecto.

La sentencia 241/2013, de 9 de mayo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (recurso 485/2012) establece la extensión temporal de los efectos derivados de la nulidad porque así se solicitó por el Ministerio Fiscal: "*DECIMOSÉPTIMO: EFICACIA NO RETROACTIVA DE LA SENTENCIA. 1. Planteamiento de la cuestión. 277. El Ministerio Fiscal en su recurso interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia, ya que "Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas", a lo que añade que "no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso"...*". Por eso en ella se resuelve sobre el límite temporal de la eficacia retroactiva de la sentencia, con extensión a los efectos económicos derivadas de la nulidad que en ella se acuerda. Y así lo indica la sentencia 139/2015, de 25 de marzo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, recurso 138/2014: "*La Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, al plantearse a instancia del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la posibilidad de limitarla y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que se especifican...*".

En el caso presente, sin embargo, no se plantea por ninguna de las partes la delimitación temporal de los efectos de la anulación de las cláusulas, ni tampoco se una fecha de efectos. El objeto de este proceso se ciñe a una específica acción de cesación, sin que se haya deducido pretensión de condena alguna ( art. 221.1.1ª LEC) ni tampoco pretensión de delimitación temporal de los efectos derivados de la nulidad, como así se indica por la parte apelante en el escrito de alegaciones que presentó en el trámite contradictorio abierto para resolver sobre la transparencia de las cláusulas impugnadas por abusivas: "*100. Ante todo, porque la parte actora no ha solicitado en su demanda la devolución de tales cantidades, motivo que comporta la improcedencia de declarar la irretroactividad ex arts. 216 (principio de justicia rogada) y 218 LEC (exhaustividad y congruencia de las sentencias)*". Y en los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal y de la asociación demandante tampoco se plantea esta cuestión, que tampoco se abordó en la primera instancia.

En la más reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (recurso 2658/2013), se resuelve sobre la abusividad de la cláusula suelo en relación con otra entidad financiera, y no emite pronunciamiento alguno sobre extensión de efectos, como tampoco se acuerda nada al respecto en la sentencia de la Audiencia Provincial que confirma. Y aunque nada se indica en ellas, es lógica tal omisión porque si nada se ha solicitado al respecto (como así consta en los antecedentes de hecho) nada se ha de decir. Sin embargo, este tribunal sí hace alguna matización al respecto para explicar por qué omite pronunciamiento sobre las consecuencias derivadas de la anulación de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés.

### **NOVENO.- Costas.**



Procede estimar el recurso de apelación porque la decisión adoptada en la sentencia se funda en un control de equilibrio de la cláusula suelo; control que, como se ha expuesto, no es procedente. La decisión que se adopta con la presente resolución es consecuencia del control de transparencia verificado de oficio a través de incidente contradictorio abierto en esta segunda instancia. Por lo tanto, aunque la decisión que se adopta conlleva la anulación de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés, a tal decisión se llega por un control verificado de oficio, como así se expone en los cuatro últimos párrafos del fundamento de derecho segundo de esta sentencia.

Por lo tanto, al estimar el recurso de apelación, conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 2, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. Y tampoco procede condena de ninguna de las partes al pago de las costas de la primera instancia al ser parcial la estimación de la demanda ( artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394.2 del mismo texto legal).

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

#### FALLAMOS:

*Primero:* ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U. (hoy BANCO CEISS) contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2011, que revocamos y dejamos sin efecto.

*Segundo:* ESTIMAMOS EN PARTE la demanda presentada por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos NO HABER LUGAR a la NULIDAD de las cláusulas que fijan un tipo de interés mínimo (cláusulas suelo) incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con **consumidores**, en atención a su intrínseco contenido.

*Tercero:* ESTIMAMOS EN PARTE la demanda presentada por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos la NULIDAD de las cláusulas que establecen un tipo mínimo de interés o tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo) contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo suscritos por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y en los que los prestatarios sean **consumidores** o usuarios, con los límites objetivos y subjetivos expresados en el fundamento de derecho séptimo de estas resolución, por

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor** en el caso de las utilizadas por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, Caja de Ahorros y Monte de Piedad.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

*Cuarto:* Condenamos a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U., a eliminar dichas cláusulas de los contratos de préstamo suscritos por Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y en los que **consumidores** o usuarios hayan asumido la condición de prestatarios, así como a cesar en su utilización y aplicación.

*Quinto:* Acordamos la publicación del fallo de esta sentencia en el Diario de León, con fuente tipo "tipe new roman" y tamaño mínimo de 10, en el plazo de 30 días desde su notificación.

*Sexto:* Se condena a la demandada a la inscripción a su costa de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo fin se expedirá por el Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia el correspondiente mandamiento, una vez firme esta resolución.

Todo ello sin expresa condena de ninguna de las partes al pago de las costas procesales generadas por el recurso de apelación ni de las generadas en primera instancia.

Se acuerda devolver el depósito que pudiera haberse constituido por la apelante.



MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ