T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 241/2013

Fecha Sentencia*:* 09/05/2013

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº*:* 485/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 19/03/2013

Ponente Excmo. Sr. D.*:* Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª

Secretaría de Sala*:* Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

Escrito por*:* ezp

CONSUMIDORES: CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS; CLAUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: **485/2012**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

Votación y Fallo: **19/03/2013**

Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: **241/2013**

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Román García Varela

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el Ministerio Fiscal.

Asimismo ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), representada por la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro.

En calidad de parte recurrida ha comparecido Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, representada por la procuradora de los tribunales doña Ana Llorens Pardo

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Igualmente en calidad de parte recurrida ha comparecido Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.), representada por el procurador de los tribunales don Guillermo García San Miguel Hoover.

Finalmente, también en calidad de parte recurrida, ha comparecido Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.), representada por el procurador de los tribunales don Rafael Silva López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El procurador don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.).

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

> *Suplico al Juzgado: Que tenga por presentado este . con los documentos acompañados y copia de todo ello, lo admita, me tenga por comparecido en la representación que ostento de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO),*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

mandado se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por interpuesta en hábil y forma legal DEMANDA DE JUICIO VERBAL, EN EJERCICIO DE ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN DEFENSA LO INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A, CAJA DE AHORRO GALICIA y CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, se sirva admitirla y, previos los trámites procesales pertinentes, en su dia sentencia por la que:

"1 - Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en los Hechos Primero, Segundo y Tercero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

2.- Condene a las entidades financieras demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

3.- Se ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas, con los gastos a cargo de los demandados y condenados, o en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o en un periódico de los de mayor difusión de la provincia del Juzgado, o en ambos medios a la vez, de forma que esa publicación ocupe, en el caso del periódico, al menos, una página, en caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, en sistema informático Word, y tipo de letra "Times New Roman", para lo cual se les dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

4.- Ordene la inscripción registral de la sentencia y, en consecuencia, dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que resulte competente, para la inscripción de la sentencia estimatoria de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento en el citado Registro.

5.- Condene en costas a las demandadas, con expresa imposición ".

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

3.- Se ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas, con los gastos a cargo de los demandados y condenados, o en el Boletín Oficial del Registro

3. Con la demanda se aportaron copias simples de cuatro escrituras otorgadas por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, conteniendo, entre otras, las cláusulas que seguidamente serán transcritas

a) Escritura de préstamo hipotecario autorizada el 24 de julio de 2008 por el notario de Jerez de la Frontera don Juan Marín Cabrera, con el número de protocolo 1.100 (Capital prestado: 225.000 euros. Plazo de devolución: 240 meses. Tipo de interés vigente durante el "período de interés fijo": 6'35 % nominal anual durante un periodo de 6 meses).

Claúsula financiera

3ª - INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES.

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda la cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en las mismas fechas indicadas para la amortización del principal, y ya establecidas en el Anexo I.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3 bis.

3. 2. Importe absoluto de intereses.

En cada liquidación, el importe total de los intereses devengados se obtendrá, a partir del tipo de interés anual vigente, aplicando la fórmula siguiente: principal pendiente de pago multiplicado por el tipo de interés anual nominal, multiplicado por número de días del período de liquidación, partido por treinta y seis mil.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

3. 3. Períodos de interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés".

Los aludidos "períodos de interés" son el "período de interés fijo", coincidente con **los seis primeros meses** de la duración del préstamo, y los sucesivos "periodos de interés variable", cada uno de los cuales coincidirá con uno de los **SEMESTRES** restantes de dicha duración, y que comenzarán el día primero del próximo mes el "periodo de interés fijo", y el día **01 DE FEBRERO Y 01 DE AGOSTO,** de cada año los sucesivos "períodos de interés variable".

3. 4. Tipo nominal.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula 3ª bis En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el periodo, dentro del cual será invariable.

Durante el **"período de interés fijo"** el "tipo de interés vigente" será el **6,35%** nominal anual. A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura, como Anexo al presente contrato.

3° BIS - TIPO DE INTERES VARIABLE. INDICE DE REFERENCIA.

3. bis. l. "Períodos de interés variable".

Cálculo del "tipo de interés vigente".

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal. A este tipo se le añadirá el importe que represente el tipo impositivo de cualquier tributo y/o recargo estatal o no estatal, que en el futuro grave las cantidades que el Banco deba satisfacer por la obtención de los recursos necesarios.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

1. TIPO NOMINAL POR APLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL.

El índice de referencia principal es el tipo de interés del euro para operaciones de préstamo y. crédito (EURIBOR) a **SEIS meses** de vencimiento, A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) el tipo de interés, promovido por la Federación Bancaria Europea consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de **SEIS** meses y referido al día quince del mes anterior al comienzo de cada período de interés o al día siguiente hábil si aquél no lo fuese, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por día hábil en el mercado interbancario en euros aquél en que funcione el sistema TARGET. Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable será el EURIBOR al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada.

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el que se obtenga de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia.

2. TIPO NOMINAL POR APLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO

El índice de referencia sustitutivo será, en primer lugar, el índice de referencia que legalmente sustituya al inicial y, en segundo lugar y en defecto de normativa alguna al respecto, el tipo de interés medio, del mercado de depósitos en euros del que forme parte el Banco, para depósitos al mismo o similar plazo que la referencia a la que sustituye, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Banco de España o entidad pública o privada, española o comunitaria, designada para ello.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Para calcular el tipo de interés aplicable, se seguirán las mismas reglas que para la referencia a la que sustituye.

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el que se obtenga de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia.

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado el índice de referencia principal, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo periodo de interés será el mismo del periodo de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente ".

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin

perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. bis. 2. Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente; por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el periodo anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo periodo. Se entenderá que el deudor acepta el nuevo tipo de interés aplicable si no comunica al Banco su negativa antes del inicio del nuevo período de interés. En el supuesto de no aceptación, el deudor deberá

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

reembolsar la deuda pendiente, por todos los conceptos, antes del inicio del período de interés.

3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **12,00 %** ni inferior al **2,50 %** nominal anual.

b) Escritura de préstamo hipotecario unilateral autorizada el 26 de octubre de 2007 por el notario de Callosa d'en Sarriá don Antonio Luis Mira Cantó, con el número de protocolo 1071 (Capital prestado: 141.514,10 euros. Plazo de devolución: 348 meses. Tipo de interés vigente durante el "período de interés fijo": 6'15 % nominal anual durante un periodo de 6 meses).

3ª.- INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en las fechas al efecto indicadas en la cláusula 2ª.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3ª bis.

3. 2. Importe absoluto de intereses.

En cada vencimiento del período de amortización, el importe absoluto de los intereses devengados desde el vencimiento anterior se calculará multiplicando el capital pendiente durante el plazo que media entre ambos vencimientos por el tipo de interés nominal anual (expresado en tanto por unidad) y por la duración de dicho plazo, expresada en años.

3. 3. Periodos de interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés". El "período de interés inicial", coincidente con los **SEIS**

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

primeros meses de la duración del préstamo, comenzará el día señalado en la cláusula 2.1 como inicio del cómputo del plazo del préstamo, y los sucesivos “períodos de interés variable”, (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado “período de interés inicial”), cada uno de los cuales comprenderá:

a) - **SEIS meses**, en caso de encontrarse el préstamo en la “Modalidad a Interés Variable”,

b) - **TREINTA Y SEIS meses**, en el supuesto de encontrarse el préstamo en le “Modalidad a Interés constante”.

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como “tipo de interés vigente” en el período, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.

Una vez transcurridos los **SEIS primeros meses** de la duración del préstamo, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresadas: a) “Modalidad a Interés constante” o b) “Modalidad a Interés variable”, en la forma y condiciones siguientes:

- Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la “modalidad a Interés variable” sólo será de aplicación para el “período de interés variable” que se inicie el día equivalente al señalado como inicio del cómputo del plazo en la cláusula 2.1.

- Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

préstamo se amortizará en la “modalidad a interés variable” en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma “modalidad a interés variable” será de aplicación al préstamo que en su caso se encuentre en la “modalidad a interés constante” y finalice el correspondiente “de interés constante” sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

3. 4. Tipo nominal.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula **3ª bis**. En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como “tipo de interés vigente” en el período, dentro del cual será invariable

Durante el **“período de interés fijo”** el “tipo de interés vigente” será el **6’15 % nominal anual** A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura como Anexo al presente contrato.

3° BIS - TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA.

3. bis.1. “Períodos de interés variable”.

Cálculo del “tipo de interés vigente”

En cada “período de interés variable” el “tipo de interés vigente” será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E ÍNDICES DE REFERENCIA.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

1. A. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable".

ÍNDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual**.

1. B. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés constante".

ÍNDICE "CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual**.

2. Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable" como en la modalidad a "Interés constante"

ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE "BANCOS". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será **el valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual.**

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo periodo de interés será el mismo del período de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. bis. 2. Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones del "tipo de interés vigente" podrá entenderse realizada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del índice de referencia aplicable.

3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2'50 %**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15 %** nominal anual.

3. bis. 4. Bonificación de tipo de interés.

El Banco manifiesta que el "tipo de interés vigente" aplicable en cada "periodo de interés" que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el banco.

Para que en su caso se aplique la correspondiente bonificación […]"

c) Escritura de novación de préstamo hipotecario autorizada el 1 de octubre de 2008 por el notario de Jávea don Antonio J. Jiménez Clar, con el número de protocolo 1.507 (Capital pendiente de amortización: 186.717,28 euros. Plazo de devolución: se amplía a 502 meses. Interés durante el "período de interés fijo": 6'35% nominal anual").

E S T I P U L A C I O N E S

PRIMERA .- Con efectos a partir del día **1 de noviembre de 2008** se modifican las condiciones del tipo de interés del préstamo pactadas en la citada escritura de préstamo, en la forma que resulta de lo que aquí se establece.

1. Creación de "Períodos de interés".

A partir de la fecha antes citada, y a efectos de determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de .interés aludidos "períodos de interés" son el "período de interés fijo", coincidente con los **treinta y cinco** primeros meses de la duración restante del préstamo, y los sucesivos "períodos de interés variable", (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado "período de interés fijo"), cada uno de los cuales comprenderá:

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

a) - **seis** meses, en caso de encontrarse el préstamo en la "Modalidad a Interés Variable",

b) - 36 meses, en el supuesto de encontrar- se el préstamo en le "Modalidad a Interés constante"

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.

Una vez transcurridos los 35 primeros meses siguientes a la fecha de efecto antes citada, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresa das: a) "Modalidad a Interés constante" o b) "Modalidad a Interés variable", en la forma y condiciones siguientes:

Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la modalidad a "Interés variable" sólo será de aplicación para el "período de interés variable" que se inicie el día equivalente al señalado como fecha de efecto de las nuevas condiciones en e1 primer párrafo de esta cláusula primera.

Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el préstamo se amortizará en la "modalidad a interés variable" en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma "modalidad a interés variable" será de aplicación al préstamo que en su caso se encuentre en la "modalidad a interés constante" y finalice el correspondiente "periodo de interés constante" sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2. Tipo nominal de intereses ordinarios.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación. En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Durante el "período de interés fijo" el "tipo de interés vigente" será el **6,35%** nominal anual.

Cálculo del "tipo de interés vigente".

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que para cada modalidad de tipo de interés se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E INDICES DE REFERENCIA

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

1. A.) Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable".

INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en **1' 50** puntos porcentuales.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

1. B). Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a “Interés constante”

INDICE “CONJUNTO DE ENTIDADES”. (“Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito”).

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en **1’50** puntos porcentuales.

2) Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a “Interés variable” como en la modalidad a “Interés constante”

INDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE “BANCOS”. (“Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos”).

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en **1’50** puntos porcentuales.

3) TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el “tipo de interés vigente” en el nuevo periodo de interés será el mismo del período de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo “tipo de interés vigente” en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco,

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. Modificaciones del “tipo de interés vigente”

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo declaración de las partes.

No obstante, cuando el “tipo de interés vigente” para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones del “tipo de interés vigente” podrá entenderse realizada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del índice de referencia aplicable.

4. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2,50%**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el “tipo de interés vigente” en el “período de interés” Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15’00%** nominal anual.

5. Bonificación de tipo de interés.

El Banco manifiesta que el “tipo de interés vigente” aplicable en cada “período de interés” que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el Banco […]”

d) Escritura de préstamo con garantía hipotecaria autorizada el 10 de diciembre de 2007 por la notaria de Lepe doña Blanca Eugenia Barreiro

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Arenas, con el número de protocolo 2.206 (Capital prestado: 340.800 euros. Plazo de devolución: 380 meses más el período de ajuste. Interés inicial: 5,170 % durante un periodo de 6 meses).

3ª.- INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES.

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en estas fechas al efecto indicadas en la cláusula 2ª.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3ª bis.

3.2. Importe absoluto de Intereses.

En cada vencimiento del período de amortización, el importe absoluto de los intereses devengados desde el vencimiento anterior se calculará multiplicando el capital pendiente durante el plazo que media entre ambos vencimientos por el tipo de interés nominal anual (expresado En tanto por unidad) y por la duración de dicho plazo, expresada en años.

3.3. Períodos de Interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés". El "periodo de interés inicial", coincidente con los TRES primeros meses de la duración del préstamo, comenzará el día señalado en la cláusula 2.1 como inicio del cómputo del plazo del préstamo, y los sucesivos "períodos de interés variable", (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado "período de interés inicial"), cada uno de los cuales comprenderá: a) - **SEIS meses**, en caso de encontrarse el préstamo en la "Modalidad a Interés Variable", b) — TREINTA Y SEIS meses, en el supuesto de encontrarse el préstamo en le "Modalidad a Interés constante".

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como “tipo de interés vigente” en el periodo, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.

Una vez transcurridos los TRES primeros meses de la duración del préstamo, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresadas: a) “Modalidad a Interés constante” o b) “Modalidad a Interés variable”, en la forma y condiciones siguientes:

Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la “modalidad a Interés variable” sólo será de aplicación para el “período de interés variable” que se inicie el día equivalente al señalado como inicio del cómputo del plazo en la cláusula 2.1.

Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al

BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el préstamo se amortizará en la “modalidad a interés variable” en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma “modalidad a interés variable” será de aplicación al préstamo que en su caso se encuentre en la “modalidad a interés constante” y finalice el correspondiente “período de interés constante” sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

3.4. Tipo nominal.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula 3 bis En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como “tipo de interés vigente” en el período, dentro del cual será invariable.

Durante el **“periodo de interés fijo”** el “tipo de interés vigente” será el **CINCO ENTEROS CON CIENTO SETENTA MILÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO (5,170%)** nominal anual. A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura como Anexo al presente contrato.

3° BIS - TIPO DE INTERES VARIABLE. iNDICE DE REFERENCIA

3 bis.1. “Períodos de interés variable”.

Cálculo del “tipo de interés vigente”.

En cada “período de interés variable” el “tipo de interés vigente” será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E INDICES DE REFERENCIA

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

1. A. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra eh la modalidad a "Interés variable".

INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0'60 puntos porcentuales.

1. B. Índice de referencia principal sí el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés constante".

INDICE "CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en 0,60 puntos porcentuales**.

2. Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable" como en la modalidad a interés constante"

INDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE "BANCOS". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en 0,60 puntos porcentuales**.

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el «tipo de interés vigente" en el nuevo periodo de interés será

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

el mismo del periodo de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3 bis. 2 Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración dé las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones […].

Sigue página en blanco que se corresponde con el folio 24 de la escritura en la que no se cuestiona se incluye la siguiente cláusula: "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés"

4. También se aportó con la demanda copia de la escritura de subrogación, novación y ampliación de hipoteca otorgada por Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, autorizada el 26 de julio de 2005 por el notario de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Palma de Mallorca don Andrés Isern Estela, con el número de su protocolo 3.834, que contiene la siguiente cláusula:

PACTOS RELATIVOS A LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO:

NOVACION MODIFICATIVA:

La Caja de Ahorros de Galicia, medio de su representante compareciente, juntamente con Don Javier Gonzálvez Borrás , con D.N.I. 43.125.575 y Doña Ana Vanesa Miranda Maura, con D.N.I. 43.138.210, por medio de la presente, en relación única y exclusivamente a la entidad número ocho DE ORDEN, descrita en el expositivo I de esta escritura, dejan modificada la escritura de préstamo hipotecario, reseñada en el apartado "extremo de cargas", en el sentido de modificar las estipulaciones relativas al capital, tipo de interés inicial, interés de demora, que en lo sucesivo será la siguiente:

I) . - PRIMERA.- Se AMPLIA EL CAPITAL DEL PRÉSTAMO en la cantidad de **CUARENTA Y NUEVE MIL SESENTA Y SEIS COMA SESENTA Y SIETE (49.066'67) EUROS** más, que la parte prestataria recibe a su satisfacción de la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, ingresadas en la cuenta número **2091-0755-803000008600**, que la parte PRESTATARIA mantiene abierta en la CAJA, Sucursal **755 O.P. Palma de Mallorca** constituyendo esta escritura comunicación de abono suficiente a todos los efectos, en consecuencia, el capital del préstamo otorgado en su día por importe de **CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES COMA TREINTA Y TRES (143.933'33) EUROS** queda fijado en. la cantidad de **CIENTO NOVENTA Y TRES MIL (193.000) EUROS.**

Como consecuencia de la ampliación del capital del préstamo, se modifica el apartado a) y d) de la cláusula NOVENA. - CONSTITUCION DE HIPOTECA de la escritura de préstamo, así como el importe de la total responsabilidad hipotecaria, y se incluye apartado de distribución de responsabilidad, conforme al tenor siguiente:

a) CIENTO NOVENTA Y TRES MIL (193.000) EUROS en garantía de la devolución del capital.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) El pago de los intereses ordinarios, a razón del tipo determinado en las cláusulas TERCERA y TERCERA BIS, sujeto a las variaciones y límites previstos en las mismas, sin exceder del tipo máximo del **DIEZ (10**) por ciento anual, ni exceder del importe de los correspondientes a dos anualidades.

c) El pago de los intereses de demora, a razón del tipo previsto en la cláusula SEXTA, en relación con las cláusulas TERCERA y TERCERA BIS, sujeto a las variaciones y límites previstos en las mismas, sin exceder del tipo máximo del **DIECISEIS (16)** por ciento anual, ni exceder, computados conjuntamente con los intereses ordinarios garantizados hipotecariamente, del importe de los correspondientes a cinco anualidades de estos últimos.

[…]

TERCERA. - INTERESES ORDINARIOS:

1. El capital no devuelto devengará intereses al tipo nominal anual inicial del **TRES (3'0)** por ciento, que será de aplicación hasta el **TREINTA DE JULIO DE DOS MIL SEIS** inclusive.

A partir de esa fecha el plazo total del préstamo se dividirá en períodos de interés sucesivos, de duración anual, salvo el último, que se cerrará el día del vencimiento del préstamo.

Durante cada período de interés será de aplicación el tipo de interés nominal anual que resulte según las reglas previstas en la cláusula TERCERA BIS.

2. Los intereses se devengarán día por día, a partir del día de la fecha, inclusive. El día de la devolución del capital el reembolsado no devengará intereses.

Los intereses se liquidarán agrupados, desde el **UNO DE AGOSTO DE DOS MIL CINCO** inclusive, por conjuntos uniformes de treinta días, correspondientes a los sucesivos meses. A tal efecto de cada mes, trimestre, semestre y año se computarán exclusivamente, para incluir en la liquidación, 30, 90, 180 y 360 días, respectivamente, agrupando Febrero el último día de Enero y el primero de Marzo.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

El pago se efectuará, sin requerimiento previo, el primer día del mes siguiente al que corresponde la liquidación. La que en su caso pueda corresponder a Febrero se pagará el dos de Marzo.

Los intereses correspondientes a la porción del período corriente se liquidarán y pagarán el **UNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CINCO** los correspondientes a la porción del período corriente en la fecha de vencimiento del préstamo se liquidarán y pagarán en esa fecha.

3. El cálculo de los intereses correspondientes a cada período de liquidación se efectuará multiplicando el capital no devuelto por el tipo porcentual nominal de interés correspondiente al período y dividiendo el producto por cien.

El tipo porcentual nominal de interés para cada período de liquidación se determinará dividiendo el tipo de interés nominal anual por el número de períodos comprendidos en un año.

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE:

1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del **DIEZ (10%)** ni ser inferior al **DOS COMA SETENTA Y CINCO (2'75%)**, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período.

Con sujeción siempre a los límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés aplicable establecidos en el párrafo precedente, convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el PRESTATARIO, el margen a sumar al "tipo de referencia" en cada período será de **UNO COMA CINCUENTA (1'50)** puntos porcentuales. No obstante, este margen será de **CERO COMA CINCUENTA (O'50)** puntos porcentuales si (i) el PRESTATARIO contrata y mantiene, en los términos previstos en la letra a) del número 1 de la cláusula QUINTA, un Seguro Multirriesgo Hogar Continente distribuido por la CAJA; y (ii) durante todo el período de tiempo comprendido entre el inicio del período de interés anterior y el día uno del último mes del mismo, ambos inclusive, concurren en el PRESTATARIO, o en todos los PRESTATARIOS de ser éstos varios, al menos cuatro (4) de las siguientes circunstancias: […]

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

5. Finalmente, con la demanda se aportó copia simple de una escritura de compraventa, subrogación y novación modificativa de préstamo hipotecario otorgada por Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito en escritura autorizada el 31 de marzo de 2007 por el notario de Málaga don José Ramón Recatalá Molés, con el número de su protocolo 2.190, que contiene la siguiente cláusula:

> **Tipo de interés inicial:** El préstamo devengará un interés nominal anual del **3,414** por cien, que estará vigente hasta el día **QUE SE CUMPLAN 12 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DE LA PRESENTE ESCRITURA.**
>
> **Periodicidad de revisión del tipo da interés:** A partir de la primera revisión del tipo de interés, las demás revisiones se producirán con periodicidad **ANUALES.**
>
> **Diferencial sobre tipo de referencia:** El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará **sumándole 0,500 PUNTOS** al tipo de referencia.
>
> El tipo de interés que se tomara corno referencia, para la primera y sucesivas revisiones, será **la última media mensual del Euribor a un año publicada en el Boletín Oficial del Estado o publicación de análoga naturaleza el día hábil anterior a la fecha de revisión.**
>
> Se define como Euribor a un año la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en Euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones en Entidades de similar calificación.
>
> Para el supuesto de que por causas ajenas a las partes no pudiera obtenerse para algún período de revisión el tipo de referencia anteriormente indicado, se aplicará el que corresponda a la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro (I.R.P.H. cajas de ahorro), incrementado o disminuido

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

en el mismo diferencial que se ha señalado anteriormente en esta cláusula, y en su defecto se mantendrá vigente el tipo de interés aplicable para el periodo inmediatamente anterior.

No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al **15,000** por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al **3,250** por cien nominal anual […].

6. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos de juicio verbal 348/2010.

SEGUNDO: LAS PERSONACIONES Y OPOSICIONES A LA DEMANDA

7. En los expresados autos comparecieron las demandadas: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, representada por la procuradora de los tribunales doña María Dolores Romero Gutiérrez; Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.), representada por el procurador de los tribunales don Mauricio Gordillo Alcalá; y Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.), representada por la procuradora de los tribunales doña Marta Muñoz Martinez.

8. Todas ellas concurrieron a la vista señalada para el 7 de julio de 2010 y contestaron verbalmente a la demanda, oponiéndose a la misma y suplicando su desestimación con expresa imposición de las costas causadas.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

9. Seguidos los trámites oportunos, el día treinta de septiembre de dos mil diez recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

“Que estimando la demanda formulada por AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. Pérez Sánchez frente a las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. Romero Rodríguez, CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. Gordillo Alcalá, y CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr / a. Muñoz Martínez, debo declarar y declaro lo siguiente:

1° Declaro La NULIDAD, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" de autos, en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA Y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en la fundamentación de esta resolución.

Condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.

2° Condeno a BBVA, LA CAIXA Y CA JAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

3° Ordeno la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un diario de los de mayor difusión de la provincia, con tamaño de letra del núm. 10 o superior, todo ello a cargo de la demandada y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

4° Inscríbase, asimismo, la presente sentencia estimatoria, junto con el texto de las cláusulas afectadas de autos, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, expidiéndose los mandamientos oportunos, y a cargo asimismo de la parte demandada.

Llévense a efecto la expedición de mandamientos señalados una vez sea firme la presente.

5º Se imponen las costas a las demandadas condenadas

CUARTO: LA PERSONACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y LA SENTENCIA DE APELACIÓN

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

10. Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación las representaciones de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.), siguiéndose los trámites ante la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) con el número de recurso de apelación 1604/2011.

11. En el recurso se personó el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social, siendo tenido por parte interviniente por auto de 21 de junio de 2011.

12. El siete de octubre de dos mil once recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

> *"Que estimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la demandada CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C., Dª. Marta Muñoz Martínez en nombre y representación de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA, y Dª. Mª. Dolores Romero Gutiérrez en nombre y representación de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal N° 348/10, de los que dimanan estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), y a la que se ha adherido el MINISTERIO FISCAL mediante su personación en esta alzada, declaramos que no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.

QUINTO: LOS RECURSOS

13. Contra la expresada sentencia el procurador de los tribunales don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, interpuso:

a) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1 2° LEC).

Segundo: Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.13° LEC).

Tercero: Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución (artículo 469.1 4° LEC).

b) Recurso de casación *con apoyo, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, estructurado en cuatro apartados que enumera a modo de submotivos en los siguientes términos:*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Primero: Porque la Sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la perpetuación de la jurisdicción y la perpetuación de la legitimación, infringiendo lo dispuesto en los artículos 410 y 413.1 de la LEC

Segundo: Porque también se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios (en adelante, la Orden de Transparencia), lo que supone infracción del artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC)

Tercero: Porque también se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de un control judicial de las cláusulas referidas a la definición del objeto del contrato, lo que lesiona de nuevo al artículo 1.1 de la LCGC

Cuarto: Porque aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, como son el 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, y la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (Ley de Mejora)

14. También recurrió la indicada sentencia el Ministerio Fiscal que interpuso recurso de casación con apoyo en un único motivo referido a la infracción por inaplicación del artículo 82.4.c) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

15. Por auto de dieciséis de diciembre de dos mil once, fue rechazada la intervención de ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES DE

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ESPAÑA “CAUSA COMÚN” con base a tratarse de una asociación carente de representatividad y creada por AUSBANC CONSUMO para tratar de eludir los efectos de la sentencia dictada el 6 de octubre de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

16. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 485/2012.

17. En el rollo de casación se personaron el Ministerio Fiscal y la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, esta última bajo la representación de la procuradora doña María José Rodríguez Teijeiro,

18. El día ocho de enero de dos mil trece la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

> *"1º) Admitir el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada con fecha 7 de octubre de 2011 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), en el rollo de apelación nº 1604/2011, dimanante del juicio verbal nº 348/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla.*
>
> *2º) Admitir los Recursos extraordinario por Infracción Procesal y de Casación interpuestos por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO) contra la Sentencia dictada con fecha 7 de octubre de 2011 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), en el rollo de apelación nº 1604/2011 , dimanante del juicio verbal nº 348/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla.*
>
> *3º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguese copias de los escritos de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

19. Dado traslado de los recursos, la procuradora doña Ana Llorens Pardo en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, el procurador don Guillermo García San Miguel Hoover en nombre y representación de Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.), y el procurador don Rafael Silva López en nombre y representación de Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.) presentaron escritos de impugnación con base en las alegaciones que entendieron oportunas.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

20. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecinueve de marzo, deliberándose por el pleno de esta Sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes abreviaturas y acrónimos:

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Art, artículo

AUSBANC, Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios Ausbanc Consumo.

BBVA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA.

Cajas Rurales, Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.)

CC, Código Civil

CCom, Código de Comercio

CE, Constitución Española.

Directiva 93/13, Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

EM, Exposición de Motivos.

IBE, informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas.

IC 2000, Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

LCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LCGC, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

NCG, Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

OM, Orden Ministerial.

TRLCU, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

STC, sentencias del Tribunal Constitucional.

STJUE, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS, sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo.

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Previo: las cláusulas suelo en los préstamos a interés variable

21. Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

22. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.

23. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza –las denominadas cláusulas techo- y a la baja –las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

24. Con relación a estas últimas –únicas que son objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

25. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

2. Hechos

26. Los hechos litigiosos, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

a) En pluralidad de contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores o usuarios, el BBVA ha incluido las cláusulas transcritas en el apartado 3 del antecedente de hecho primero de esta sentencia.

b) Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U. y en lo sucesivo NCG), ha incorporado a pluralidad de contratos de préstamo con garantía hipotecaria a tipo variable celebrados con consumidores o usuarios, la cláusula contractual transcrita en el apartado 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia.

c) Cajas Rurales ha incorporado a una pluralidad de contratos de préstamo con garantía hipotecaria a tipo variable celebrados con consumidores o usuarios, la cláusula contractual transcrita en el apartado 5 del antecedente de hecho primero de esta sentencia.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

3. Posición de la demandante

27. AUSBANC interpuso una demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (en lo sucesivo BBVA), Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y en lo sucesivo Cajas Rurales Unidas) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U. y en lo sucesivo NCG) por la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación, en la que solicitaba la declaración de nulidad por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo), solicitando la condena de las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y abstenerse de utilizarlas en el futuro.

4. Posición de las demandadas

28. Las demandadas se opusieron y suplicaron la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia con fundamento en: a) la falta de legitimación activa de la demandante; b) la prejudicialidad administrativa; c) la naturaleza de las cláusulas por no ser condiciones generales de la contratación; d) la inaplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas al regular elementos esenciales de los contratos; y e) el carácter no abusivo de las cláusulas impugnadas.

.

5. La sentencia de la primera instancia

29. La sentencia de primera instancia rechazó la falta de legitimación de AUSBANC y estimó que las denominadas "cláusulas suelo" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y a abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo.

6. La sentencia de la segunda instancia

30. La sentencia de la segunda instancia rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

7. Los recursos

31. AUSBANC interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y el Ministerio Fiscal recurso de casación.

8. Admisibilidad de los recursos

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

32. El segundo párrafo del artículo 474 LEC dispone que *"[e]n el escrito de oposición [al recurso extraordinario por infracción procesal] se podrán alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal […]"*, y el segundo párrafo del artículo 485 LEC que "[e]*n el escrito de oposición[al recurso de casación] también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal"*, lo que determina la improcedencia del examen de las causas de inadmisibilidad que ya fueron rechazadas por el auto de esta Sala de 8 de enero de 2013 por el que se admitieron los recursos.

9. Estructura de la sentencia

33. Razones sistemáticas aconsejan analizar en primer término la legitimación de AUSBANC para interponer los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

34. En el supuesto de estimar que la misma está legitimada para recurrir, procede examinar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por AUSBANC.

35. Seguidamente analizaremos de forma conjunta las cuestiones que plantean la sentencia y los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y Ausbanc, sin ajustarnos formalmente a los mismos.

SEGUNDO: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA DEMANDANTE

1. Previo

1.1. Antecedentes de hecho.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

36. Para enmarcar la cuestión a decidir conviene fijar los siguientes hechos, que no han sido controvertidos:

a) Por resolución de 5 de octubre de 2005, la Subdirección General de Normativa y Arbitraje de Consumo acordó excluir a AUSBANC del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (en adelante el Registro). Dicha resolución fue confirmada por la del Ministerio de Sanidad y Consumo de 9 de mayo de 2006.

b) Interpuesto recurso contencioso administrativo, el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 3 dictó auto el 10 de octubre de 2006, acordando la suspensión cautelar de la resolución administrativa.

c) El 6 de mayo de 2009 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia, que confirmó la exclusión de AUSBANC del referido Registro en los siguientes términos: *"[F]ALLO: Que, desestimando el recurso contencioso administrativo suscitado contra las resoluciones de 5 de octubre de 2005 y de 9 de mayo de 2006 del Instituto Nacional del Consumo, por medio de las cuales se excluía a AUSBANC CONSUMO del Libro Registro de Asociaciones de Consumidores, las confirmo por ser ajustadas a Derecho; al mismo tiempo y por medio de esta Sentencia, una vez que sea firme, queda revocado el Auto de suspensión cautelar de dichas resoluciones administrativas dado por este mismo Juzgado Central con fecha 10/10/06, recobrando aquéllas su plena ejecutividad*

d) La sentencia fue confirmada por la sentencia firme de la Audiencia Nacional (Sección cuarta de lo Contencioso Administrativo) de 6 de octubre de 2010 en los siguientes términos*: [F]ALLAMOS Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación nº. 401/09 interpuesto por la ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), representado por la Procuradora*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Dª. María José Rodríguez Teijeiro, contra la sentencia de 6 de mayo de 2009, recaída en el recurso tramitado por procedimiento ordinario 49/06 , seguido en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 3, sentencia que declaramos conforme a derecho, denegando las pretensiones de la apelante; sin condena en costas".

37. También son hechos que delimitan la controversia los siguientes:

a) La demanda inicial del presente pleito, fue interpuesta el 6 de abril de 2010, estando vigente la suspensión cautelar de la decisión administrativa de excluir a la demandante del Registro.

b) La demanda fue admitida a trámite y, seguido el procedimiento con el número de autos de juicio verbal 348/2010, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla dictó sentencia estimatoria de la demanda el 30 de Septiembre de 2010, fecha en la que la decisión de excluir del Registro a la demandante estaba suspendida cautelarmente.

1.2. Delimitación de la controversia.

38. La sentencia recurrida rechazó la legitimación activa de AUSBANC para demandar en juicio la defensa de los intereses de consumidores y usuarios porque: a) la legitimación de la demandante es un presupuesto del proceso que debe concurrir en el momento de interposición de la demanda y debe mantenerse a lo largo del proceso; b) para el ejercicio de acciones para la defensa de los intereses difusos de consumidores y usuarios es precisa una legitimación extraordinaria; c) esta legitimación se reconoce de forma específica a las asociaciones inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios; d) en el momento de dictarse la sentencia de apelación AUSBANC no tenía la condición de asociación de consumidores y usuarios a efectos de ejercitar las acciones de cesación previstas en la LCGC, al no figurar inscrita en el referido Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios; y e) como consecuencia de ello sólo podía

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

representar los intereses de la asociación y de sus asociados, pero carecía de legitimación para ejercitar acciones colectivas en defensa de intereses generales y difusos de los consumidores.

39. Por ello, antes de examinar la procedencia o no de los demás motivos de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por AUSBANC, es preciso examinar si la recurrente está legitimada activamente para sostenerlos.

40. A mantener su legitimación AUSBANC dedica la segunda parte del

tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y el primero de los motivos del recurso de casación que seguidamente analizaremos.

1.3. Las alegaciones extravagantes.

41. Finalmente, antes de entrar en el análisis de la legitimación de la recurrente, a fin de salir al paso de algunos alegatos del recurso, dada su desconexión con la argumentación de la sentencia recurrida, conviene recordar que esta:

> a) No ha cuestionado que para la existencia y reconocimiento de la personalidad de la asociación recurrente no es precisa su inscripción ni en el registro de asociaciones ni el de asociaciones de consumidores y usuarios, ya que no tiene efectos constitutivos, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.2 de la de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, a cuyo tenor *"[e]l acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción […]".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) Tampoco ha cuestionado que, según el artículo 2 de los estatutos de la demandante, modificados por Asamblea General Extraordinaria de 27 de junio de 2005, la asociación, entre otros, tiene como fin estatutario la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito, y estaba inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

c) Finalmente, no deniega la legitimación de AUSBANC con base en el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio.

2. Enunciado y desarrollo del tercer motivo (segundo submotivo) del recurso extraordinario por infracción procesal.

42. El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por AUSBANC se enuncia en los siguientes términos:

Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (artículo 469.1 4° LEC).

43. En el apartado 2º del motivo, la recurrente sostiene que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la negación de legitimación activa concurriendo en mi mandante todos los requisitos para ostentarla, con infracción de la doctrina en relación con la perpetuación de la jurisdicción y la legitimación, ya que, en el momento de presentación de la demanda y en el de su admisión a trámite, el acto administrativo por el que se excluyó a AUSBANC del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios estaba en suspenso.

44. También afirma que se han infringido los artículos 410 y 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

3. Enunciado y desarrollo del primer motivo del recurso de casación

45. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por AUSBANC se enuncia en los siguientes términos:

> *Porque la Sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la perpetuación de la jurisdicción y la perpetuación de la legitimación, infringiendo lo dispuesto en los artículos 410 y 413.1 de la LEC*

46. En su desarrollo la recurrente reitera que la sentencia recurrida no ha apreciado que, en el momento de presentación de la demanda y en el de su admisión a trámite la resolución que acordaba su exclusión estaba suspendida cautelarmente, por lo que la sentencia, afirma, infringe las reglas sobre la perpetuación de la jurisdicción y de la legitimación.

47. A lo expuesto añade que la inscripción registral, tanto en el registro de asociaciones, como en el registro de asociaciones de consumidores y usuarios, no tiene efectos constitutivos para la asociación y que el principio de jerarquía normativa y el contenido del concepto de “beneficios”, impide apreciar la falta de legitimación con base en el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio.

4. Valoración de la Sala (recurso de casación)

4.1. Ámbito del recurso de casación

48. Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el sistema de recursos de la vigente LEC no es coincidente con la distinción entre "infracción de Ley" y "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio" de la Ley de 1881, correspondiendo al extraordinario por infracción procesal el control de las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que comprende las

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o extraordinaria) se encuadran dentro de la actividad procesal y su control debe articularse por el recurso extraordinario por infracción procesal -en este sentido SSTS 764/2012, de 12 de diciembre, RC 857/2010, y 78/2013 de 26 de febrero, RC 1082/2010-

4.2. Desestimación del motivo.

49. La razón expuesta aboca a la desestimación de plano del primer motivo del recurso de casación, ya que en él se plantean dos cuestiones –la perpetuación de la jurisdicción y de la legitimación- que son en todo caso procesales, como lo evidencia la naturaleza de los preceptos que la recurrente afirma vulnerados –los artículos 410 y 413 LEC-. Como señala la Exposición de Motivos LEC "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera de la casación.

5. Valoración de la Sala (perpetuatio iurisdictionis)

5.1. La perpetuatio iurisdictionis.

50. En nuestro sistema, la litispendencia provoca la perpetuatio facti (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), la perpetuatio legitimationis (perpetuación de la legitimación), la perpetuatio obiectus (perpetuación del objeto), la perpetuatio valoris (perpetuación del valor) y la perpetuatio iuris (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda,en el supuesto de que la misma fuese admitida (en este sentido, SSTS 427/2010, de 23 de junio (RC 320/2005), 760/2011, de 4 de noviembre (RC 964/2008), y 161/2012, de 21 de marzo (RC 473/2009).

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

51. Tratándose de la perpetuatio iurisdictionis [perpetuación de la jurisdicción], como afirma la sentencia 427/2010, de 23 de junio, RC 320/2005, la litispendencia es determinante de la permanencia de los presupuestos que determinaron la jurisdicción y competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación, de forma tal que una variación en las mismas no permite la revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 411 LEC, a cuyo tenor *«[l]as alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia».*

5.2. El principio pro actione.

52. El Tribunal Constitucional ha afirmado de manera constante que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pero no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, que cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (en este sentido STC 20/2012, de 16 de febrero).

53. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley, y que las decisiones judiciales de terminación del proceso sean constitucionalmente legítimas siempre que el razonamiento responda a una interpretación de las normas legales conforme a la efectividad del derecho fundamental.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

54. Ahora bien, conforme al principio pro actione [a favor de la acción], entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican, los cánones del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales son más estrictos cuando se trata de acceso a la jurisdicción, a diferencia de aquellos supuestos en los que el recurrente ha obtenido ya una primera respuesta judicial (en este sentido STC 38/2010, de 19 julio), ya que el derecho a la jurisdicción *"no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida"* (STC 231/2012, de 10 de diciembre).

5.3. Desestimación del motivo.

55. En el presente supuesto, la sentencia recurrida no rechaza la jurisdicción del tribunal para decidir. Antes al contrario, mantiene la propia jurisdicción pero al analizar la concurrencia de los requisitos exigibles para la subsistencia del proceso, razona la falta de legitimación de AUSBANC para demandar la tutela impetrada. En consecuencia la cuestión litigiosa se desplaza sobre la adecuación de la resolución acerca de la legitimación, a la luz del principio pro actione.

6. Valoración de la Sala (perpetuatio legitimationis)

6.1. La legitimación como presupuesto del proceso.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

56. La legitimación activa *ad causam* [para el proceso] *consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte, se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar"* -STS 634/2010, de 14 de octubre (RC 1643/2006)-. Como afirma la STS 613/2008, de 2 de julio (RC 1354/2002) "*es un presupuesto preliminar del proceso susceptible de examen previo al de la cuestión de fondo, aunque tiene que ver con ésta. Debe apreciarse de oficio y se produce cuando el actor no aparece como titular del derecho que intenta hacer valer en el proceso (pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido) o no está facultado por sí solo para el ejercicio de la acción"*.

6.2. Inexistencia de acción civil popular.

57. El artículo 24.1 CE atribuye a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Lo que excluye la posibilidad de instar la tutela efectiva respecto de derechos e intereses subjetivos que no se invoquen como propios, en cuanto el derecho fundamental viene referido al ejercicio de los derechos legítimos de cada litigante y no a los derechos e intereses de otro, de tal forma que, como regla, en el orden civil no cabe la acción popular que permita la defensa de los ajenos intereses. En definitiva, el derecho de acceso a la jurisdicción, en la órbita civil, se ciñe a aquel que tiene por objeto la defensa de los propios derechos -en este sentido, SSTS 28/1996, de 29 de enero (RC 1860/1992), 202/2009, de 24 de marzo (RC 676/2004), 320/2012, de 18 de mayo (RC 1638/2009) y 557/2012, de 1 octubre (RC 29/2010)-.

58. En consecuencia, como regla, la legitimación para promover eficazmente un proceso solo corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo que será, en todos o en parte de sus aspectos, objeto de controversia. Así lo afirma el primer párrafo del artículo 10 LEC, a cuyo tenor *"[s]erán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

6.3. La legitimación extraordinaria.

59. No obstante, este régimen, razonablemente suficiente para la tutela de derechos e intereses subjetivos individuales, en la práctica se reveló insuficiente para la efectiva tutela de ciertos intereses dignos de protección, en los que las circunstancias de hecho concurrentes en la práctica disuadían a los afectados de acudir a los tribunales. Por esta razón en el segundo párrafo del artículo 10 LEC, como excepción a la regla general, dispone que *"[s]e exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular"*. Lo que da lugar a los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que es posible promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida.

60. Como afirma la expresada sentencia 634/2010, de 14 de octubre, RC 1643/2006, se trata de situaciones en las que *"se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso*".

6.4. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en la LCGC.

61. Uno de los supuestos en los que la legitimación ordinaria se revela insuficiente es precisamente en el campo de la tutela de los consumidores, ya que la asimetría de las posiciones extraprocesales de profesionales y empresarios, por un lado, y consumidores, por otro, se proyecta en el proceso y desincentiva al consumidor la asunción de la defensa judicial de los propios intereses, con los costes de toda índole que conlleva un litigio y, de forma correlativa, potencian comportamientos irregulares de algunos empresarios y profesionales, al amparo de su impunidad estadística.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

62. Constatada esta realidad, la necesidad de articular mecanismos para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios fue determinante de que el legislador, con carácter extraordinario, reconociese la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender no sólo los intereses de sus asociados o los de la propia asociación, sino también los generales. A tal efecto el artículo 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en lo sucesivo LCU), dispuso que *"[l]as Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones […] podrán […] representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios […]"*. También el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispuso que *"[l]os Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefenso. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".*

63. En el considerando (no numerado) 22 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el legislador comunitario razonó que *"las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico"*. Y dispuso en el artículo 7.1 que *"[l]os 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"*, y en el 7.2 que *"[l]os 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*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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" -la utilidad de tal previsión es determinante de que la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre (posterior a la fecha de interposición a la demanda) que en el considerando 56 reitera que *"[a] las personas u organizaciones que, conforme al Derecho nacional, tengan un interés legítimo en proteger los derechos contractuales de los consumidores se les debe reconocer el derecho a ejercer acciones, ya sea ante un tribunal o ante un órgano administrativo competente para dirimir reclamaciones o para entablar las acciones judiciales pertinentes"-.*

64. La referida Directiva 93/13/CEE fue traspuesta por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que, después de reconocer en el artículo 12 la posibilidad de que se ejerciten acciones de cesación contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la propia Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, dirigidas a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, en el artículo 16, en su redacción inicial, dispuso que *"[l]as acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:[…] 3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos".*

65. Esta regla fue modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que, en términos que se mantienen en estas fechas, legitimó para el ejercicio de las acciones de cesación a *"[l]as asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores".*

6.5. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en el TRLCU.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

66. El primer apartado del artículo 24.1 TRLCU dispone que *"[l]as asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios"*. Esta regla ha de interpretarse, sistemáticamente, en relación con el artículo 23.1 TRLCU, a cuyo tenor *"[s]on asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo […]"*, y con el primer apartado del artículo 33.1 TRLCU, según el cual *"[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo".*

67. Así lo evidencia desde la perspectiva positiva el tenor de los artículos 37 TRLCU, a cuyo tenor *"[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a: […] c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios"*, y 54.1 LCU *"[f]rente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente Norma en materia de cláusulas abusivas […] estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: […] b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta Norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios*".

68. Desde la perspectiva negativa lo ratifica el artículo 24,1 apartado segundo TRLCU, según el cual "[l]*as asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

69. La constitucionalidad de esta exigencia ha sido declarada por la STC 15/1989, de 26 de enero –reiterada por la STC 133/1992, de 2 de octubre-, según la cual *"[l]a exigencia de la necesaria inscripción de las asociaciones de consumidores y usuarios en un libro-registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo no puede estimarse inconstitucional, dado que esa exigencia o carga se vincula directamente a la posibilidad de acceder a los beneficios que prevea la propia Ley y las disposiciones reglamentarias y concordantes",* y ha sido expresamente admitida por la sentencia de esta Sala 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006).

70. De forma paralela el artículo 11.1 LEC dispone que *"[s]in perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".* Apunta la STS 861/2010, de 29 de diciembre, RC 2114/2005, que la legitimación para el ejercicio de acciones en los supuestos previstos en los artículos 11.2 y 11.3 LEC es más restrictiva, ya que el artículo 24 LCU dispone que *"[a]efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica"*; y el 54.3 LCU que *"[l]a legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente Norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil"-.*

71. En consecuencia, el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supraautonómico –en el caso de autos no se cuestiona

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

que la demandante tiene tal carácter-, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

6.5. Exclusión de AUSBANC del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

72. De poco o nada serviría el control de legalidad en el momento de la inscripción de las asociaciones en el Registro si el ordenamiento no reaccionase ante el posterior incumplimiento de los requisitos que la norma exige para atribuirles la representación extraordinaria de los consumidores. Por ello el artículo 35.1 TRLCU dispone que *"[l]a realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los artículos 23.3 y 27 y 28 dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente".* A su vez, el artículo 35.2 TRLCU establece que *"[l]a resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas".*

73. Precisamente la exclusión del Registro, como se ha indicado, es la razón por la que la sentencia recurrida denegó la legitimación de AUSBANC.

6.6. La perpetuatio legimationis.

74. Afirma la sentencia 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006) que, como regla, el artículo 413 LEC dispone que no se tendrán en cuenta las innovaciones en el estado de las cosas o de las personas después de iniciado el juicio, lo que es aplicable a las condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción *"que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal"*. Y, como señala la sentencia 724/2011, de 24 de octubre

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

(RC 1396/2008) que *"[s]egún la propia norma, quedan fuera de esa regla general aquellas innovaciones que, de un modo definitivo, priven de interés legítimo a las pretensiones deducidas".*

75. Partiendo de lo expuesto, la posibilidad de rechazar la legitimación de la demandante, pudiera sustentarse, como sostiene NCG, en lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor *"[l]os actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"*, y en el artículo 132.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el cual *"[l]as medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado"*.

76. También la sentencia 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006), en un supuesto en el que se ejercitaban acciones al amparo del artículo 11.3 LEC –en este caso las acciones son las del artículo 11.1 LEC- admitió a nivel de hipótesis que la pérdida de las condiciones exigidas para entablar la acción podía tener efectividad mediante la firmeza del acto administrativo de exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores, lo que podría justificarse porque la legitimación que a la demandante atribuirían las medidas cautelares sería una legitimación provisional abocada a consolidarse –de revocarse la decisión de exclusión- o a claudicar en el momento en el que la resolución alcanzase firmeza.

77. Pero la expresada sentencia ni siquiera obiter dicta [dicho de paso] afirmó que la firmeza de la resolución de exclusión produjese la pérdida sobrevenida de capacidad con los efectos que ha declarado la sentencia recurrida, sino que en cualquier caso la falta de firmeza lo impedía.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

78. En este contexto nuestra respuesta debe partir de las siguientes premisas:

a) La resolución administrativa de exclusión del Registro, fundada en el incumplimiento por AUSBANC de sus deberes, tiene un contenido materialmente sancionador (sentencia 473/2010, de 15 de julio, ya citada)

b) El principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución es aplicable a las normas restrictivas de derechos individuales, en el sentido de que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción (SSTC 90/2009, de 20 abril y 100/2012, de 8 de mayo).

c) El rechazo de la legitimación como consecuencia de una sanción que no era firme en los momentos de interposición de la demanda y de dictar la sentencia en la primera instancia, supone en cierta medida dotar de efectos retroactivos a la sanción restrictiva de derechos –así lo califica el artículo 37.C) TRLCU-, y vaciar de contenido el proceso –si bien en este caso la intervención del Ministerio Fiscal impide tal consecuencia-.

d) La pérdida sobrevenida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción afecta al principio pro actione y debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

e) Esta interpretación restrictiva es especialmente intensa cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias de la sanción se proyectan sobre terceros, máxime cuando se trata de intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el indeclinable deber de tutelar.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

6.7. Estimación del motivo.

79. Lo expuesto es determinante de la estimación del motivo y de la procedencia de examinar los del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por AUSBANC y que no han sido analizados. Hay que añadir que: a) precisamente por la exigencia de tutela de oficio de los legítimos intereses de los consumidores, no impediría su examen por este tribunal el hecho de que se denegase la legitimación de la asociación demandante; b) la flexibilidad en las consecuencias de la pérdida sobrevenida de legitimación en el caso de legitimación extraordinaria, no colisiona con la tesis sostenida en la sentencia de 30 mayo 2011 (RC. 202/2009) de la Sala Tercera de este Tribunal; c) las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que cita la representación del BBVA, no son aptas para constituir jurisprudencia que, en el orden civil, tan solo se atribuye a la sentencias de esta Sala, a lo que añadiremos que la de 13 de junio de 2012 no se refiere a la pérdida de legitimación, sino a la carencia de legitimación ab initio [desde el principio].

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL INTERPUESTO POR AUSBANC

TERCERO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

80. El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

> *Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1 2° LEC).*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

81. En su desarrollo la recurrente sostiene que la sentencia recurrida, al entender acreditada la negociación de las cláusulas controvertidas porque la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el recorrido preparatorio del contrato y porque la prueba documental acredita que los préstamos hipotecarios en unas ocasiones contienen los pactos de limitación de interés y en otras no, realiza una valoración probatoria arbitraria que afecta a la misma motivación de la sentencia recurrida, por lo que se infringe el artículo 2 18.2 LEC.

82. También afirma que el hecho de que una cláusula contractual del préstamo pueda ser conocida por el usuario no impide que pueda ser impuesta por el empresario y que la propia Orden de 5 de mayo de 1994 dispone que lo establecido en ella se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

83. Además, mantiene que no se trata de condiciones generales reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes por lo que no excluyen la aplicación de la LCGC al amparo del artículo 4.2 de dicha Ley.

84. Finalmente, alega que los contratos de préstamo pueden contener cláusulas limitativas a la variabilidad del tipo de interés y pueden no contenerlas, por lo que no es una cláusula esencial.

2. Valoración de la Sala

2.1. La exigencia de precisión del motivo.

85. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 471 LEC, tanto en su redacción inicial como en la dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, en el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal deben

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

exponerse razonadamente las infracciones o vulneraciones cometidas, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso, lo que se traduce en la necesidad de tratamiento diferenciado de cada una de las infracciones que se denuncian, mediante el motivo correspondiente, sin permitirse la acumulación en uno solo de alegatos heterogéneos en los que se mezclan de forma desordenada cuestiones procesales y sustantivas (en este sentido, sentencia 342/2012, de 4 de junio RC 2103/2009).

86. Lo expuesto es determinante de la desestimación del motivo, referido conjuntamente a la valoración de la prueba, a la motivación de la sentencia, a la significación jurídica de los hechos probados y, finalmente, a la posibilidad de aplicar la LCGC a préstamos en los que se ha seguido el trámite regulado en la expresado Orden.

2.2. El control de la valoración de la prueba.

87. No obstante, a fin de dar completa respuesta a los alegatos y apuntar alguna de las cuestiones que abordaremos en el recurso de casación, añadiremos que, en nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 LEC se refiere a la valoración de la prueba.

88. Pese a ello, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE –en este sentido SSTS 101/2011, de 4 de marzo, RC 1918/2007, y 263/2012, de 25 de abril, RC 984/2009-.

89. Ahora bien, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

90. En el caso enjuiciado no se aprecia error en la fijación de los hechos por la sentencia recurrida, por lo que el alegato estaba abocado al fracaso. Cuestión radicalmente diferente y que excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal es la valoración jurídica de los hechos declarados probados, lo que constituye materia propia del recurso de casación.

2.4. El deber de motivar.

91. También añadiremos que la atribución a los tribunales, dentro del límite de la congruencia, de la facultad/deber de escoger la norma aplicable para la decisión de las controversias, con estricta sumisión a la Ley, de acuerdo con las reglas *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] y *da mihi factum, dabo tibi ius* [dame el hecho y yo te doy el derecho], exige que las sentencias sean motivadas, como fórmula de controlar que la decisión se ajusta a la Ley -el artículo 117.1 CE dispone que *"[l]1. La justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados (...) sometidos únicamente al imperio de la ley"*- y de evitar la arbitrariedad. Según el artículo 9.3 CE *"[l]a Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*-, lo que se traduce, desde la perspectiva del tribunal, en el deber constitucional de motivar.

92. Así lo imponen el artículo 120.3 CE a cuyo tenor *"[l]as sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública"*; el artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según el cual *"[l]as sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo"*, y el 218.2 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto dispone que *"[l]as sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón" -en este sentido, sentencia 18/2013, de 8 de febrero (RC 1518/2011).

93. Desde la perspectiva de los litigantes, el derecho a la motivación de las sentencias se integra en el derecho a la tutela efectiva que proclama el artículo 24 CE y supone el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta que exprese los elementos o razones de juicio, mediante la exteriorización de los razonamientos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, identifique la estructura y formación del supuesto fáctico a enjuiciar, así como la interpretación y aplicación de la norma que vincula al mismo el efecto querido por el legislador -así lo afirma la sentencia 344/2012, de 8 de junio, RC 2163/2009-, y tiene una finalidad de garantía relacionada con el designio de que puedan conocer las razones que han llevado al órgano jurisdiccional a dictar su resolución y, en su caso, hacer uso de los medios de impugnación establecidos –en este sentido STS 49/2013, de 12 de febrero, RC 758/2010-.

94. Sin embargo, no es admisible servirse de la exigencia de motivación como medio indirecto para cuestionar otros aspectos de la sentencia. En particular, la motivación de la valoración de la prueba nada tiene que ver con la corrección de dicha operación, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial -SSTS 661/2011, de 4 de octubre, RC 162/2010, y 344/2012, de 8 de junio, RC 2163/2009-.

95. En consecuencia, el alegato no podía prosperar, ya que la sentencia está perfectamente motivada y permite conocer los hechos en los que se fundamenta la decisión y la norma aplicada, por lo que podrá no compartirse sus razonamientos o tacharlos de erróneos, pero desde luego no tildarla de inmotivada, arbitraria, incoherente o insuficiente.

2.1. Ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

96. Como se ha indicado en el segundo fundamento de esta sentencia (apartado 41), el recurso extraordinario por infracción procesal tiene por objeto el control de la vulneración de normas procesales entendidas en un sentido amplio, correspondiendo al de casación el conocimiento de las infracciones relativas a la norma aplicable para la decisión sobre el fondo de la controversia, por lo que la cuestión referida a la posibilidad de aplicar la LCGC a préstamos en los que se ha seguido el trámite regulado en la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, excede del concepto de la infracción procesal y debe examinarse en el recurso de casación que, como afirma la STS 860/2009, de 15 de enero de 2010, RC 1516/2005, *"no permite revisar la valoración de la prueba efectuada en la segunda instancia, pero sí la operación por la que los hechos declarados probados se subsumen en la norma, cuando la misma imponga utilizar conceptos indeterminados y, por tal, necesitados de integración".*

CUARTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

97. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

> *Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1.3° LEC).*

98. En su desarrollo, la recurrente alega la vulneración del artículo 217 LEC porque se ha invertido la carga de la prueba al declarar probado que ha existido negociación de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés con base en que: a) las demandadas han aportado escrituras de préstamo hipotecario que no tienen incorporadas esas limitaciones; y b) existe una "minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato", que

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

garantiza que el prestatario conoce el contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses.

99. Asimismo, sostiene la vulneración del artículo 82.2 párrafo segundo TRLCU, según el cual al empresario que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente le corresponde probar esta circunstancia.

100. Finalmente, afirma infringido el artículo 217.7 LEC ya que la sentencia no ha tenido en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes del litigio.

2. Valoración de la Sala

2.1. La carga de la prueba.

101. La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC -STS 263/2012, de 25 de abril (RC 984/2009) y en idéntico sentido SSTS 684/2012, de 15 de noviembre (RC 1024/2010), y 561/2012, de 27 de septiembre (RC 831/2010).

102. Cuestión radicalmente diferente es la dosis de prueba, ya que "*en nuestro sistema probatorio rige la regla de apreciación libre, salvo algunas excepciones, y un criterio de elasticidad, de modo que no se exige por la ley una determinada cantidad o entidad probatoria -dosis o tasa de prueba-"*. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación-, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del artículo 24.1 CE (STS 635/2012, de 2 noviembre, RC 681/2010) y, en idéntico sentido, SSTS 347/2011 de 30 mayo, RC 1348/2007, y 485/2012, de 18 de julio, RC 990/2009).

2.2. Desestimación del motivo.

103. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo ya que en su desarrollo la propia parte reconoce que ha existido prueba y lo que acontece es que está en desacuerdo con la valoración de su significado por la sentencia recurrida.

QUINTO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

104. El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

> *Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución (artículo 469.1 4° LEC).*

105. El motivo se estructura en los siguientes dos submotivos:

> *1°) Por la inversión de la carga de la prueba respecto al hecho de la negociación o imposición de la cláusula.*

> *2°) Por la negación de legitimación activa concurriendo en mi mandante todos los requisitos para ostentar la misma.*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2. Valoración de la Sala

2.1. Desestimación del primer submotivo.

106. El primero de los submotivos, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria ha sido objeto de análisis en el anterior fundamento cuarto. Nada nuevo aportan los alegatos referidos a la inversión de la carga de la prueba, ahora desde la perspectiva constitucional, por lo que para desestimarlo es suficiente que demos por reproducido lo ya expuesto.

2.2. Estimación del segundo submotivo.

107. En cuanto al segundo submotivo, su estimación ha sido razonada en el segundo fundamento de derecho de esta sentencia, por lo que, a efectos sistemáticos, es suficiente que nos remitamos a lo allí expuesto.

SEXTO: EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. El control imperativo de las cláusulas abusivas

1.1. La situación de inferioridad de los consumidores.

108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing , C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d´Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

1.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas.

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 (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing , apartado 47; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. Catalunyacaixa, apartado 45).

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

1.3. Apreciación de oficio de la nulidad imperativa de cláusulas abusivas.

110. En este contexto, como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que *"de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera"* Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo:

STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), "27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)".

111. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que *"[...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones de la Directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales"*. Lo que ha sido recogido por la STJUE ya

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 23, según la cual *"el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".*

112. Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual *"el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva"*, para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que "*el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"* (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido, ya que "*semejante interpretación excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin"* (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 24).

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).

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

115. A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión.

1.4. La prueba de oficio de la abusividad.

116. Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente. Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba. En este sentido, con referencia a un supuesto de atribución de competencia jurisdiccional territorial exclusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el Tribunal de Justicia declaró que *"el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva"* (SSTJUE citadas de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 56, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 44; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 24 y 14 marzo 2013 Aziz vs. Catalunyacaixa, apartado 4.

2. El posible aquietamiento a la cláusula abusiva

117. Ahora bien, la finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta –no la anulabilidad- la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en "detrimento del consumidor", de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

118. En este sentido la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 33, afirma que *"el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula"*, de tal forma que *"[c]uando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone"*, y la de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 27, que *"[s]in embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35)".* Lo que reitera en el apartado 35 que, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción de la posible estimación de oficio de la abusividad de una cláusula, al razonar que *"[e]sta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula".*

119. Finalmente, también apuntan en este sentido las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 53, según el cual *"[c]on independencia de cuál sea la medida elegida por el juez nacional, deberán tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar, dicha medida no puede adoptarse contra la voluntad del actor. Precisamente, el derecho a la tutela judicial efectiva también implica la potestad de no ejercitar los derechos propios. Por ello, debe averiguarse cuál es la voluntad concreta del consumidor".*

3. Los principios de congruencia y iura novit curia

120. La aplicación de las reglas expuestas puede plantear ciertas dificultades en nuestro sistema, en el que el deber de conocer el Derecho y de juzgar conforme

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

al mismo, que a los Jueces y Tribunales impone el artículo 1.7 del Código Civil, como regla, permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados y aplicar la norma material que entiende adecuada para la decisión del caso, tiene como frontera la congruencia, que no permite escoger la concreta tutela que entiende adecuada de entre todas las posibles, al exigir que se ajuste a la causa de pedir de conformidad con lo previsto en el artículo 218.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor *"[l]as sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. […] El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".*

121. Es decir, en general el Juez no puede dar a quien suplica, aunque lo pedido sea justo, si para ello debe apartarse de los hechos esenciales fijados por las partes para justificar lo pretendido. Corresponde a las partes decidir si ejercitan sus derechos en vía jurisdiccional -libertad de acción-, y la carga de alegar y probar los hechos sobre los que el juez debe decidir, según la regla clásica *iudex iudicet secunmdum allegata et probata partium-.* En definitiva, no puede sustentar su decisión en fundamentos diversos de los alegados, cuando estos delimitan el objeto del proceso.

122. Esta limitación del poder del juez nacional que *"está justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y, por consiguiente, el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales, en los que el interés público exige su intervención"* (STJUE de 17 de diciembre de 2009, Martín Martín, C-227/08, apartado 20, con cita de las de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen, C-430/93, y de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros, C-222/05 a C-225/05), como afirman las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12 Duarte Hueros punto 32, tiene como principal objetivo *"proteger el derecho de defensa y garantizar el buen desarrollo del procedimiento, en particular, al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos […] Por ello, al consumidor se le puede exigir en principio que formule ante el juez sus pretensiones y, en ese sentido, que las*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

deduzca adecuadamente, en su caso con carácter subsidiario. Tanto más cuando, como en el caso presente, la intervención de abogado es preceptiva".

4. Los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas

123. No obstante, este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo (RC 2492/2005) *"esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta".*

124. Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y *"de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida",* ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas *"no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)".*

5. El deber de plantear motivadamente la nulidad de oficio

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

125. Sin embargo, como afirma la STJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 29, al aplicar el Derecho de la Unión *"el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, Rec. p. I-11245, apartados 50 y 54)".*

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.

127. Así lo impone el Derecho de la Unión, ya que, como afirma la STJUE ya citada de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 30 *"el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (véase la sentencia Comisión/Irlanda y otros, antes citada, apartados 55 y 56)"*, lo que es determinante de que en el supuesto de que el juez nacional, después de haber apreciado inicialmente –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo *"está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales".* Máxime, si se tiene en cuenta que, como hemos indicado, el consumidor, una vez informado y restablecido el equilibrio con el empresario mediante la intervención del tribunal, puede renunciar a la nulidad de la cláusula absusiva.

6. La nulidad de oficio en el caso de acciones colectivas

128. Sentado lo anterior, es preciso decidir si la doctrina hasta ahora expuesta es aplicable a los supuestos en los que la abusividad de determinadas cláusulas no se constata en un pleito seguido entre un empresario y un consumidor, sino en supuestos en los que se ha ejercitado una acción en defensa de intereses colectivos.

129. Nuestra respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. Máxime si se tiene en cuenta que:

> a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 TRLCU *"[l]os poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado"*. Los servicios bancarios ya estaban catalogados como servicios de uso común, ordinario y generalizado por los consumidores y usuarios en el Anexo I.C) del Real Decreto 287/1991, de 8 marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Hoy los servicios bancarios y financieros figuran relacionados en el apartado c.13) del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre que lo actualiza.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) La tutela de los consumidores no solo se ha demandado por una asociación de consumidores -en la que los intereses particulares de quienes la representan pudieran superponerse a los generales (de ahí el necesario control mediante la inscripción en el Registro)-, sino por el Ministerio Fiscal, al que el Ordenamiento reconoce expresa legitimación –el artículo 16 LCGC dispone que *"[l]as acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades: [...] 6. El Ministerio Fiscal"*- justificada por la enmienda 92 del Grupo Parlamentario Catalán en que *"al Ministerio Fiscal en los términos del artículo 124 de la Constitución le corresponde la defensa de los intereses generales"*.

c) Como afirman las SSTJUE de 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 38, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 31, es precisamente *"la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores", la que justifica que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.*

7. Conclusión

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.

SÉPTIMO: LAS CONDICIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

1. Planteamiento de la cuestión

131. Las demandadas y la sentencia recurrida no cuestionan que las cláusulas controvertidas tengan carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Así lo evidencia la realidad explicitada -no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés- y no se ha alegado la existencia de normativa que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cual es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

132. Tampoco cuestionan que se trata de cláusulas prerredactadas y, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables".

133. Finalmente, tampoco se discute que se trata de cláusulas destinadas por las prestamistas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

134. La sentencia recurrida rechaza que las cláusulas contractuales controvertidas deban considerarse condiciones generales de la contratación porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos y porque, precisamente por ello el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente.

135. En consecuencia, es preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales.

2. Valoración de la Sala

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.1. Requisitos de las condiciones generales.

136. El apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que *"[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".*

137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor –la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que *"la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*, y que *"[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".*

2.2. Las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos

139. Los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como *"un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".*

140. El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que *"[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual".*

141. Pese a todo, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos *"[d]esde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley*". Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del "objeto principal", por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

142. En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces *"los legítimos intereses económicos de los mismos"*.

2.2. El conocimiento de las condiciones generales.

143. Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la transparencia de las cláusulas, no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una clausula 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, 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".

2.3. Conclusiones

144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

OCTAVO: LA IMPOSICIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

1. Planteamiento de la cuestión

145. La sentencia recurrida también rechaza que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses hayan sido impuestos por las entidades de crédito. Para ello se basa en las siguientes premisas:

a) Las escrituras de préstamos hipotecarios que formalizan las demandadas, en algunas ocasiones contienen pactos de limitación del interés y en otras ocasiones no –hecho probado intangible en casación-, de lo que la sentencia recurrida concluye –valoración jurídica susceptible de revisión por este tribunal- que los hechos probados acreditan "*la posibilidad de una negociación efectiva, no meramente ilusoria o quimérica"*; y

b) La OM de 5 de mayo de 1994 "regula el iter negocial de la contratación" –extremo de hecho-, de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente –valoración jurídica- de tal forma que

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

la cláusula se suscribe *"con el adecuado conocimiento y con total información".*

146. En consecuencia, es preciso que analicemos si los pactos de limitación de la variabilidad de intereses han sido y están destinados a ser impuestos

2. Valoración de la Sala

2.1. La elección entre contratos con cláusulas impuestas.

147. El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor *"[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".*

148. La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore *"a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".*

149. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción *"[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que *"[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva*". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

150. Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares –no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, *"[…] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo"*.

151. Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

152. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

las relaciones mantenidas por los consumidores con “sus” bancos que minoran su capacidad real de elección.

2.2. La prueba de los hechos notorios.

153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la “verdad procesal” y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non egent probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007, dispone en el artículo 281.4 LEC que *“[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”*.

154. La norma no define qué debe entenderse por “notoriedad absoluta y general” y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor –la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso *“[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta”*. Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento “general y absoluto” por todos los miembros de la comunidad.

155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho –límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio –límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003, quedan exentos de prueba.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

156. 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. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" –lo tomas o lo dejas-.

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. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

158. Más aún, el IC 2000, precisa que *"[e]s ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."*

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*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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".

2.2. La carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas

160. A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que *"[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"* –a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE *"[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"*- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla.

161. Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el procedimiento de urgencia, al asumir el informe emitido por la Ponencia que propuso la incorporación de las enmiendas 17 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 77 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba. Ya aparecía en el propio Proyecto como parte del nuevo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, lo que constituía *"una regla aceptable en la relación empresa-consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis,*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

pero que no se justifica en el caso de contratación entre empresas o profesionales", ya que la regla derivaba de la Directiva 93/13/CEE y el ámbito de esta se circunscribía a los contratos con consumidores.

162. 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.

163. Esta regla, en contra de lo sostenido por una de las recurridas, se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que *"[s]i el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba".*

164. Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo –la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia *STS* 44/2012, de 15 de febrero de 2012, RC 93/2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.3. Conclusiones

165. 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.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *"comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que *"la calificación como contrato de adhesión […] no provoca por ello mismo su nulidad*".

NOVENO: LAS CONDICIONES GENERALES EN SECTORES REGULADOS

1. Planteamiento de la cuestión

167. Uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias para sostener que, incluso si las cláusulas controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC es que las denominadas cláusulas "suelo" de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales:

a) la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;

b) la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 –esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida-;

c) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

d) Además, en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva n° 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

2. Valoración de la Sala

2.1. El control en sectores regulados

168. Uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española, es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010).

169. Por esta razón, en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.

170. En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible "contractualidad" de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el artículo 4.2 LCGC dispone que *"[l]a presente Ley no se aplicará […]. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que […] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

171. Cuando se trata de condiciones generales utilizadas en contratos con consumidores, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 indica que *"[…] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo"*. A su vez el apartado 2 del artículo 1, dispone que *"[l]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas […] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva"*.

172. Las reglas transcritas en el anterior apartado han sido interpretadas por el IC 2000 en el sentido de que la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (considerando nº 13) ya que *"[e]n el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros velen por que en ellas no figuren dichas cláusulas (considerando nº 14).*

173. También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 25 afirma que: *"[…] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma"*, lo que según el apartado 26 *"[…] se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto", ya que, a tenor del apartado 28 *"[t]al como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".*

174. Pues bien, no es este el caso de las "cláusulas suelo", ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

175. En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual *"lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación".* Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, *"una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".*

177. En el ámbito nacional la Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que *"[t]ampoco se extiende la Ley -siguiendo el criterio de la Directiva-*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengan determinadas […] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido.

2.2. Conclusión.

178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que *"[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".*

DÉCIMO: EL CONTROL DE LAS CONDICIONES SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

1. Planteamiento de la cuestión

179. Despejadas las dudas sobre la naturaleza de las cláusulas referidas a la variación de los tipos de interés –se trata de condiciones generales-, las codemandadas se opusieron al control de su abusividad porque las mismas afectaban a un "elemento esencial" del contrato de préstamo bancario.

180. La sentencia recurrida, le dio la razón y afirmó en el fundamento de derecho quinto que se trataba de uno de los elementos esenciales del contrato: *"[…] se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo […] estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará […] estas cláusulas no son de carácter accesorio […] como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar […] lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo. […] al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés […]".

181. Precisamente porque eran un elemento esencial del contrato, la sentencia recurrida denegó que pudiesen ser consideradas condiciones generales de la contratación, lo que hacía innecesario examinar los límites al posible control de su abusividad.

182. Rechazado tal planteamiento, es preciso decidir si la norma autoriza que los tribunales se inmiscuyan en el examen de su contenido o, por el contrario, el principio de libertad autonormativa que rige en nuestro sistema no tolera otro control que el que deriva de la aplicación del artículo 1255 del Código Civil, según el cual *"[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público"-,* aplicable a todos los contratos con independencia de que se trate de cláusulas impuestas y de que se inserten en contratos suscritos por consumidores.

183. Para ello es preciso analizar si las condiciones controvertidas constituyen el objeto principal del contrato; si en tal caso, como regla, cabe controlar su carácter abusivo.

2. Valoración de la Sala

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.1. El objeto principal del contrato.

184. El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que *"[…] a los efectos de la presente Directiva, 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; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".*

185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en 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, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".*

186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre *"[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".*

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "*cláusulas que describan el objeto principal del contrato"* y a *"la definición del objeto principal del contrato*", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto –en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

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 […]"*.

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*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual *"los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice 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"*, y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que *"[…]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".*

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos *obiter dicta* [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. 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.

2.3. Conclusiones.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

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.

DECIMOPRIMERO: EL CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

1. Planteamiento de la cuestión

198. Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida, al analizar la "imposición" de las cláusulas cuestionadas, señala que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y limites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

199. Partiendo de que en la vida real se cumplen estrictamente las previsiones de la norma, la sentencia recurrida afirma que *"esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses […] el cual […] ha de expresarse de modo que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho".*

200. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

2. Valoración de la Sala

2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC –*"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"*-, 7 LCGC -*"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato […]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles […]"*-.

2.2. Conclusiones.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

DECIMOSEGUNDO: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CONDICIONES INCORPORADAS A CONTRATOS CON CONSUMIDORES

1. Planteamiento de la cuestión

204. Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

2. Valoración de la Sala

2.1. El control de transparencia.

205. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "*[…] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas […]",* y el artículo 5 dispone que *"[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE *dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato […] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.

207. La interpretación *a contrario sensu* de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

208. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual *"[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando n° 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)".*

2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que *"[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente […], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa […]-;b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, 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".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, *"[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente *"[…] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste […]".*

2.3. Conclusiones.

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.

DECIMOTERCERO: LA INSUFICIENCIA DE INFORMACIÓN EN LAS CLÁUSULAS SUELO

1. Planteamiento de la cuestión

216. Admitido que la transparencia de las condiciones examinadas superan el filtro de inclusión en el contrato, es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2. Valoración de la Sala

2.1. Falta de información en las cláusulas suelo/techo.

217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 -*Causas del uso de las acotaciones a la variación"*- expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que *"[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios […]".

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas *"no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

222. De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación-.

2.2. Conclusiones.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el BE indica que "*estas cláusulas se*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

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

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

DECIMOCUARTO: ELEMENTOS PARA VALORAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS

1. Planteamiento de la cuestión

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

226. Aunque por las razones expuestas la sentencia recurrida no consideró necesario examinar si las cláusulas tenían carácter abusivo, afirmó la imposibilidad de desequilibrio porque la norma no se refiere al de las contraprestaciones económicas, sino a la falta de reciprocidad obligacional.

227. Partiendo de tal premisa sostiene que la declaración de desequilibrio abusivo nada más puede afirmarse de contratos generadores de obligaciones bilaterales, no del préstamo, ya que se trata de un contrato real y unilateral en el que el pacto de intereses no se corresponde con ninguna contraprestación "recíproca" de la prestamista, sin que puedan contraponerse los límites máximo y mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales reciprocas se tratase.

228. En consecuencia, es preciso examinar si las cláusulas en las que cristalizan las condiciones generales reúnen los requisitos exigidos para ser declaradas abusivas.

2. Valoración de la Sala.

2.1 Requisitos de las cláusulas abusivas.

229. Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

230. Sin perjuicio de otros mecanismos que no vienen al caso, para que proceda expulsarlas del mercado por la vía de la legislación de condiciones generales de la contratación, la LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia *Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.* Así lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor *"[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: *"[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario".*

232. El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que *"[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".* A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que *"[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".*

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor –en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-.

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.

2.2. El momento y las circunstancias a tener en cuenta.

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 concurran 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*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

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.

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.

239. Tampoco incide en nuestra valoración el hecho de que, en ocasiones, el consumidor se subrogue en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994.

2.3. El desequilibrio en función de los bienes y servicios.

240. Para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

241. Así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual *"[l]a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales"*, y el tenor del art. 4.1 *"[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato […]".*

242. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que *"[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato […].*

2.4. El desequilibrio en las obligaciones no recíprocas.

243. Una última precisión antes de abordar el examen de si las cláusulas suelo impugnadas son abusivas. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas – aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación-, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato.

244. Lo expuesto nos releva de entrar en el examen de la espinosa cuestión sobre la subsistencia de la categoría romana de los contratos reales, en los que, como excepción a la regla general contenida en el artículo 1261 CC, la *datio rei* (entrega de la cosa) opera como elemento del contrato, si bien no estará de más significar que, pese a que en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral –en este sentido se pronuncia de forma contundente la STS 495/2001, de 22 de mayo, RC 677/1996, al afirmar que *"[e]l contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa […] Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario"*-, otras afirman su posible

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

carácter bilateral –la STS 1074/2007, de 10 de octubre, RC 4386/2000 precisa *que "[…] no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca […]".*

245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTS 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, mantuvieron la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo.

2.4. Conclusiones.

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:

a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.

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.

c) 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.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

DECIMOQUINTO: LA BUENA FE Y EL EQUILIBRIO EN LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS

1. Planteamiento de la cuestión

247. En el anterior fundamento hemos enumerado los requisitos precisos para que las cláusulas incorporadas a contratos suscritos con consumidores y usuarios sean calificadas como abusivas.

248. Ya hemos razonado que las condiciones generales impugnadas han sido predispuestas para ser incorporadas a pluralidad de contratos y hemos precisado algunos extremos que enmarcan nuestra decisión.

249. Resta analizar si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor, extremo este que no examinó la sentencia recurrida, al rechazar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés.

250. En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.

2. Valoración de la Sala.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.1. El desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe.

251. El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (SSTJUE de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, 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.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que *"[…] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido […]*, y en el apartado 69 que *"[e]n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

«pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

2.2. La licitud de las cláusulas suelo.

255. Antes de entrar en el examen del carácter abusivo de las cláusulas impugnadas, conviene rechazar la pretensión de las recurrentes a fin de evitar equívocos.

256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.

260. Más aún, para justificar su pretensión AUSBANC alude a la proposición de Ley 122/000276 sobre modificación del TRLCU publicadas en el Boletín del Congreso de 18 de marzo de 2011, por la que se pretendía añadir al artículo 87 TRLCU un nuevo epígrafe y que no fue tramitada al disolverse las Cortes Generales.

261. Pues bien, como pone de relieve una de las recurridas, AUSBANC ha ocultado que esta proposición coincide con la enmienda 1 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, publicada en el Boletín del Congreso de 16 de marzo de 2011, y con la enmienda 3 formulada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés publicada en el Boletín del Senado de 9 de mayo de 2011 y que:

> a) Las expresadas proposición y enmiendas parten de que las cláusulas suelo son lícitas, sin perjuicio de la conveniencia de que el legislador fije ciertos topes.
>
> b) Las enmiendas en el Congreso fueron rechazadas por la Comisión según consta en el Diario de sesiones de 12 de abril de 2011 por votación que arrojó el siguiente resultado: 2 votos a favor, 22 en contra y una abstención.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

c) Las formuladas en el Senado fueron rechazadas el 8 de junio de 2011 en votación con los siguientes resultados: 13 votos a favor, 230 en contra y 1 abstención.

262. Finalmente, desde la perspectiva de la utilidad práctica de la existencia de tales cláusulas para el consumidor, el apartado 4 del IBE indica que *"[s]u eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones.*

2.2. El desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos.

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas –contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE *"[…] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".*

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible –de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia –único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

DECIMOSEXTO: LA NULIDAD PARCIAL DE LOS CONTRATOS

2. La Nulidad parcial del contrato.

2,1. El principio utile per inutile en general.

265. A diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

2,2. El principio utile per inutile en condiciones generales.

266. Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que *"[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

267. Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que *"[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia […] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".*

2,3. El principio utile per inutile en contratos con consumidores.

268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que *"[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo"*.

269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que *"[…] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia"* y que en el artículo 6.1 dispone que *"[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor […] 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".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.4. La improcedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial.

270. El artículo 10.bis LCU, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, modificó dicho régimen ya que, por un lado mantuvo la nulidad de las cláusulas y, por otro, tratando de restablecer el equilibrio interno del contrato admitió su integración. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor *"[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva".*

271. Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el segundo apartado del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor *"[a] estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.*

272. Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLCU, que *"[s]ólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".*

273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo *tenor "[…] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.5. La subsistencia de los contratos

274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato –de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

3. Conclusiones

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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".*

2. Valoración de la Sala

2.1. La condena a cesar en el uso de las cláusulas

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

279. En el Derecho interno, tratándose de condiciones genereales, el artículo 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que *"[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo […].

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

281. Esta proyección de la sentencia al futuro ha sido confirmada desde la perspectiva del derecho a la privacidad de los consumidores y su tutela frente a las asociaciones de usuarios en la STC 96/2012, de 7 de mayo, al rechazar una pretensión de AUSBANC de que le fuesen cedidos datos personales de consumidores contratantes con una entidad de crédito, al afirmar que *"[...] para ejercitar la acción de cesación que se postula como motivo principal para la admisión de solicitud de las diligencias preliminares, no son necesarios los datos personales que se solicitan en la demanda (tal y como recoge el art. 15.4 LECiv), pues la Ley de enjuiciamiento civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (ex art. 53 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios)".*

2.2. Los efectos retroactivos de la nulidad.

282. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor *"[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".*

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "*[…] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".*

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que *"[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)"*.

286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 *"[…] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que *"[l] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*.

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que *"[l]a eliminación, en su*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que *"[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad"* (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que *"[…] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziñski, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59).*

2.4. La irretroactividad de la sentencia

293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España *"[…] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".*

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

2.4. Conclusiones.

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

DECIMOCTAVO: LA PUBLICIDAD DE LA SENTENCIA

295. El artículo 21 LCG atribuye al tribunal la facultad de acordar la publicidad del fallo de la sentencia junto con el texto de la cláusula cuya nulidad se declara o cuya utilización se prohíbe, lo que debe ponerse no en relación con el

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

eventual desprestigio del profesional o empresario a modo de pena de capirote, sino en función de la utilidad práctica de la difusión del contenido de la prohibición, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 22 LCG, a cuyo tenor *"[e]n todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".*

296. En el caso enjuiciado no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca, ya que el cese se basa en:

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 el BBVA.

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.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

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.

DECIMONOVENO: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.

298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006, la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC *–[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley"-* y proyectar sus efectos *ultra partes*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que *"[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que *"[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora",* y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

VIGÉSIMO: COSTAS

301. La estimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, es determinante de que no proceda la imposición de las costas causadas por ambos recursos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2 LEC.

302. Los importantes matices introducidos en la sentencia son determinantes de que no pueda entenderse estimada íntegramente la demanda, por lo que no ha lugar a la imposición de las costas de la primera instancia, a tenor del artículo 394.2 LEC.

303. No procede imponer las costas de la apelación que debió ser estimada en los términos desarrollados en esta sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2 LEC.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

Primero: Estimamos el segundo submotivo del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, representada por la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010 y, en su consecuencia, reconocemos a la expresada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios capacidad procesal en este pleito para ejercitar la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación impuestas por entidades financieras.

Segundo: Desestimamos el primer y segundo motivos y el primer submotivo del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, comparecida en autos bajo la antedicha representación de la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011,

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Tercero: No procede la imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Cuarto: Estimamos en parte los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la referida Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010, y casamos la sentencia recurrida.

Quinto: Asumimos la segunda instancia y estimamos en parte los recursos interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. contra la sentencia dictada el treinta de septiembre por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

Sexto: Desestimamos en parte la demanda interpuesta por Asociación de usuarios de los servicios bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos que no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores.

Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia 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.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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 el BBVA.

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.

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Decimoprimero: Acordamos la publicación de los apartados sexto, séptimo y octavo del fallo de esta sentencia en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, con letra de tamaño 10 o superior, a cargo de las demandadas por terceras e iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación.

Decimosegundo: No procede imponer las costas del recurso de casación que estimamos en parte.

Decimotercero: No procede imponer las costas de ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos **Francisco Marín Castán**

José Ramón Ferrándiz Gabriel **José Antonio Seijas Quintana**

Antonio Salas Carceller **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**

Rafael Sarazá Jimena **Sebastián Sastre Papiol**

Román García Varela **Xavier O'Callaghan Muñoz**

Rafael Gimeno-Bayón Cobos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayón Cobos**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/