

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 138/2015

Fecha Sentencia: 24/03/2015

CASACIÓN

Recurso N°: 1765/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 25/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Escrito por: MRP

Nota:

Recurso de casación. Acción colectiva de cesación de uso de condición general que establece una cláusula suelo por falta de transparencia.

CASACIÓN Num.: 1765/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 25/02/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N^o: 138/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, ha visto el recurso de casación núm. 1765/2013, interpuesto por la procuradora D.^a M.^a del Rosario Novales Durán, asistida por los letrados D. Luis Díez-Picazo Ponce de León, D. Ignacio Díez-Picazo Giménez y D. Emilio Blanco Martínez, en nombre de “Cajasur Banco S.A.U.”, antes “BBK Bank Cajasur, S.A.U.”, entidad representada ante esta Sala por el procurador D. Gerardo Tejedor Vilar, contra la sentencia núm. 91/2013, de 21 de mayo, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial

de Córdoba, en el rollo de apelación núm. 101/2013, dimanante de los autos de juicio verbal núm. 266/2010, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba, anteriormente Juzgado de Primera Instancia núm. 9. Ha sido recurrida la “Organización Nacional de Consumidores, Causa Común”, representada ante esta Sala por la procuradora D.^a M.^a José Rodríguez Teijeiro, bajo la asistencia del letrado D. Rafael López Montes. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO.- La “Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO), presentó, con fecha 25 de junio de 2010, ante el Decanato de los Juzgados de Córdoba, demanda de juicio verbal contra “Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Caja sur”, que tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 1, donde fue registrada como juicio verbal núm. 266/2010, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicó al Juzgado: «[...] dicte en su día sentencia por la que:

1.- Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el hecho tercero de la presente demanda, es decir, de la cláusula de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

2.- Condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo 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 la demandada y condenada, o en el Boletín Oficial

del Registro Mercantil, o en un periódico de los de mayor difusión de la provincia, 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 NET Román", para lo cual se les dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

4.- Ordene la inscripción registrada 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 la demandada, con expresa imposición.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada y al Ministerio Fiscal y se citó a las partes para la celebración de vista.

TERCERO.- La demandada presentó escrito en solicitud de sucesión procesal de "BBK Back, S.A.", -que posteriormente cambió su denominación a "BBK Back Caja sur, S.A."-, respecto de la demandada original "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba.

CUARTO.- En el acto del juicio, la demandante y el Ministerio Fiscal aceptaron la sucesión procesal y su señoría acordó admitirla y tener por personada en calidad de demandada a la entidad "BBK Bank Cajasur, S.A.U."

El Ministerio Fiscal se adhirió a la pretensión de la demanda. La entidad demandada planteó la falta de legitimación activa de la "Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, Ausbanc Consumo" y se acordó la suspensión de la vista para su resolución. Mediante auto, se acordó estimar la falta de legitimación activa, resolución que fue recurrida en apelación y posteriormente desestimada.

QUINTO.- Convocada de nuevo la vista y tras seguir los trámites oportunos, el magistrado juez de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba dictó la sentencia núm. 404/2012, de 16 de noviembre, con el siguiente fallo: *«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por [el] Ministerio Fiscal contra BBK Cajasur S.A. y debo declarar la nulidad de la cláusula contenido en los préstamos celebrados por la entidad demandada con el siguiente contenido:*

“Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si al cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultan unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos”.

Y se condena a la entidad BBK Bank Cajasur S.A. a eliminar dicha condición general de la contratación de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.

Y se ordena la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento junto contexto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor difusión de la provincia de Córdoba, en ambos casos a cargo de la demandada. Respecto a la publicación en el periódico deberá ocupar 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 en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

Y se ordena la inscripción registral de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento.»

SEXTO.- La demandada solicitó aclaración de la referida sentencia, que se acordó mediante auto, en el sentido siguiente: *«[...] procede suplir la omisión padecida en los siguientes términos:*

- *En el fundamento jurídico primero, en su apartado final, debe incluirse la siguiente estipulación:*

“Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo, ya resulta de la aplicación de la referencia inicial o de los sustitutos previstos no podrá ser (sic) inferior al 4% nominal anual ni superar el 12 % nominal anual”

- *[En el] El fundamento jurídico quinto, párrafo décimo, tendrá el siguiente tenor:*

“Este juzgador, anticipa que considera que la relación cláusula suelo y techo controvertida (del 3 y 12 % y del 4 y 12 % respectivamente) crean un desequilibrio sustancial en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

- *El último párrafo del fundamento jurídico quinto tendrá el siguiente tenor:*

“En las cláusulas suelo y techo nos encontramos que una de las partes (las entidades de crédito) son profesionales del sector de la intermediación del crédito y por tanto tienen una posición de conocimiento privilegiado del mercado (los datos pretéritos y las expectativas futuras) frente al consumidor que carece de este conocimiento y de los medios para disponer de la información suficiente para ello. Por tanto, la entidad de crédito desde esta posición privilegiada y preferente tiene la obligación de evitar que se produzca una situación de desequilibrio a la hora de fijar los límites de las cláusulas. Examinado el historial del índice utilizado de referencia (Mibor) nos encontramos que en los últimos 12 años ha oscilado entre un 1 y un 5 %, presentando tan solo en dos momentos puntuales (en el año 2000 un máximo del 5,24 % y en el año 2008 un máximo del 5,39 %) unos índices superiores al 5 %, pero en ningún caso superior al 6 %. Además, nos encontramos que desde enero de 1999 hasta octubre de 2012 (166 meses) durante 100 meses el Mibor ha estado por

debajo del 3 %. Tenemos que remontarnos a casi 20 años (noviembre de 1993) para encontrarnos con un índice superior a la cláusula techo, en un momento histórico en el que nos encontrábamos con circunstancias económicas muy diferentes como por ejemplo la duración media del plazo de las hipotecas que era notoriamente inferior a la duración media actual que se ha incrementado notablemente con su consiguiente repercusión en cuanto a los [interés del] intereses a devolver. Todos estos datos de los que dispone este juzgador, unidos a todos los que dispone y pueden disponer las entidades de crédito como profesionales del sector, nos lleva a considerar que no existe proporcionalidad al pactar una cláusula suelo del 3 % y correlativamente una cláusula techo del 12 %. Volvemos a insistir, no se declara la nulidad de la cláusula suelo contemplada sino la relación entre la cláusula suelo y la cláusula techo fijada, que determina la más que frecuente aplicación de la cláusula suelo (100 de los últimos 166 meses) y la extraordinaria aplicación de la cláusula techo (tan solo aplicable en hace casi 20 años y difícilmente aplicable en el futuro al encontramos en la actualidad con un índice referenciar inferior al 1%). Por lo tanto, no existe el justo equilibrio entre las contraprestaciones de las partes como exige el art. 80.1.c) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo procede estimar la nulidad de esta condición general de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y por tanto se estima la demanda en el sentido de condenar a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de contratación que implica un desequilibrio entre las prestaciones de las partes al fijar una cláusula suelo de 3 o 4 % y una cláusula techo del 12 %, sin que pueda estimar la demanda en los términos pretendidos por los demandantes en el sentido de eliminar cualquier tipo de cláusula suelo.”

- La parte dispositiva tendrá el siguiente contenido:

“Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por Ministerio Fiscal contra BBK Bank Cajasur SA. y debo declarar la nulidad de las cláusulas contenidas en los préstamos celebrados por la entidad demandada con el siguiente contenido:

‘Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si al cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultan unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos’.

“Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo, ya resulta de la aplicación de la referencia inicial o de los sustitutos previstos no podrá ser (sic) inferior al 4% nominal anual ni superar el 12% nominal anual”

Y se condena a la entidad BBK Bank Cajasur SA. a eliminar dichas condiciones general de la contratación de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.

Y se ordena la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento Junto con texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor difusión de la provincia de Córdoba, en ambos casos a cargo de la demandada. Respecto a la publicación en el periódico deberá ocupar 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 en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

Y se ordena la inscripción registral de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento.»

Tramitación en segunda instancia

SÉPTIMO.- La demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y su auto de aclaración y suplicó al Juzgado: *«[...] tras los trámites legales oportunos, lo eleve a la Excm. Audiencia Provincial de Córdoba, a la que solicito dicte sentencia estimatoria de este recurso, revocando la del Juzgado, con desestimación de la demanda.»*

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito en el que manifestó: *«[...] el recurso debe ser desestimado en su integridad.»*

La demandante se opuso al recurso interpuesto de adverso y solicitó al Juzgado: *«[...] se remitan las actuaciones completas o por testimonio a la Ilma. Audiencia Provincial, y en su día se dicte resolución por la que con desestimación total del recurso de apelación se confirme íntegramente la resolución recurrida en todos sus extremos, con condena en costas a la parte contraria.»*

NOVENO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que lo tramitó con el núm. 101/2013, quien, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 91/2013, de 21 de mayo, cuyo fallo disponía: *«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BBK Bank Cajasur SAU contra la sentencia que en 16 de noviembre de 2013 dictó el Juzgado de lo Mercantil nº 1 [nº 9] de Córdoba en juicio verbal nº 266/10, debemos confirmar como confirmamos meritada resolución sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.»*

DÉCIMO.- La apelante solicitó aclaración de la sentencia dictada en apelación, por entender que la misma debía haber establecido qué consumidores se consideraban afectados y, en su caso, los datos,

características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante. Mediante auto se acordó no haber lugar a la aclaración.

Interposición y tramitación del recurso de casación

UNDÉCIMO.- “Cajasur Banco S.A.U., antes BBK Bank Cajasur, S.A.U., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, que fundamentó en los siguientes motivos:

» *Primer motivo.- [...] La sentencia recurrida infringe el artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.*

» *Segundo.- [...] Aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU, al considerar no transparentes las cláusulas suelo con base en los criterios enunciados en la sentencia de 9 de mayo de 2013.*

» *Tercero.- [...] Aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y que la transparencia de las cláusulas suelo debe ser examinada con base en los criterios expuestos en la sentencia de 9 de mayo de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU al considerar abusivas las cláusulas suelo con base en los criterios de la sentencia de 9 de mayo de 2013.*

» *Cuarto.- [...] La sentencia recurrida infringe la doctrina establecida en una sentencia de Pleno de la Sala 1ª TS de 9 de mayo de 2013, en dos criterios o máximas:*

1ª) *El “casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de información”,*

obliga a ceñir la eficacia de los pronunciamientos” 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” (apartado 300 de la sentencia de 9 de mayo de 2012).

2ª) “Las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo” (auto de aclaración de 3 de junio de 2013).

DUODÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas las mismas, se dictó auto de 18 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva disponía: *«La Sala acuerda:*

» 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad “Cajasur Banco S.A.U.” contra la sentencia dictada, el día 21 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 3ª), en el rollo de apelación n.º 101/2013, dimanante del juicio verbal n.º 266/2010 del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Córdoba.»

DECIMOTERCERO.- Del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, se dio traslado a la parte recurrida, quien presentó escrito de oposición, que terminaba suplicando: *«[...] dicte Sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso de casación, confirmándose pues íntegramente la resolución recurrida, con condena en costas a la entidad recurrente.»*

DECIMOCUARTO.- Se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien informó lo siguiente: *«[...] formulamos la oposición al*

recurso de casación interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia, con las consecuencias legales que de ello se deriven.»

DECIMOQUINTO.- De los documentos que acompañaban al escrito de oposición, se dio traslado a la contraparte, quien formuló las alegaciones que estimó convenientes.

DECIMOSEXTO.- Al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMOSÉPTIMO.- Se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso por el pleno de la Sala, previa votación y fallo del mismo, señalándose el día 25 de febrero de 2015 para que éstos tuvieran lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **RAFAEL SARAZÁ JIMENA,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- “Cajasur Banco S.A.U.” (en lo sucesivo, Cajasur) ha recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que desestimó su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado Mercantil que estimó en parte la demanda interpuesta por “Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, Ausbanc Consumo” en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de la condición general de la contratación que Cajasur utilizaba en sus préstamos hipotecarios a interés variable, y que era del siguiente tenor:

«Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al [en unos préstamos era el 3%, en otros, el 4%] nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos».

La cláusula cuestionada se encontraba incluida en una extensa estipulación de la escritura pública que contenía varias previsiones relativas al tipo de interés inicial, índice de referencia y diferencial, forma y plazos de revisión del tipo de interés e índices de referencia sustitutivos.

2.- El Juzgado Mercantil había apreciado la nulidad de la condición general, y condenó a Cajasur a eliminarla de sus contratos de préstamo y a abstenerse de utilizarla de nuevo. Acordó asimismo la publicación del fallo de la sentencia y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que Cajasur interpuso contra la sentencia del Juzgado Mercantil, para lo cual aplicó la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 mayo (en lo sucesivo, sentencia núm. 241/2013), que había sido dictada pocos días antes.

4.- El recurso de casación de Cajasur se basa en cuatro motivos. Alega que la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, que declaró la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación que contenían la denominada “cláusula suelo”, por falta de transparencia, y en la cual se basaba la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, es errónea y que sus criterios deben ser revocados. De hecho, el interés casacional que alega para justificar la admisibilidad del recurso es la pretensión de modificación de la jurisprudencia.

Por ello, dedica tres de los cuatro motivos de casación a combatir las razones de los pronunciamientos contenidos en la sentencia núm.

241/2013, para que esta Sala las rectifique o, cuanto menos, plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). En el cuarto motivo plantea que, en el caso de que no se estimen los tres motivos anteriores, se considere que la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto del recurso vulnera los criterios establecidos en la sentencia núm. 241/2013, por cuanto se limita a transcribir acríticamente algunos de sus argumentos, y no ha razonado si hay otros aspectos en esta litis que eliminen los aspectos declarados abusivos en la citada sentencia de esta Sala.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así: *«la sentencia recurrida infringe el artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico»*.

2.- Los argumentos que fundamentan este motivo pueden resumirse en que el control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores que la sentencia núm. 241/2013 enuncia como distinto y añadido al control de inclusión, configurándose como un doble filtro de transparencia, carece de base jurídica tanto en nuestro ordenamiento interno como en el comunitario, puesto que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva 93/13/CEE), en sus arts. 4.2 y 5, no establece la obligatoriedad del control de transparencia, ni tampoco se establece en ningún pronunciamiento del TJUE. Por ello, alega la recurrente, no existe una exigencia de interpretación del ordenamiento interno conforme a la Directiva que imponga ese control de transparencia, sin perjuicio de que los Estados Miembros puedan optar por establecerlo al transponer la Directiva 93/13/CEE, lo que no sucede en el caso del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU).

De lo anterior se deriva, según Cajasur, que al declarar que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato pueden ser enjuiciadas a través del control de transparencia que asegure su comprensibilidad o comprensión real por el consumidor adherente, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia núm. 241/2013, hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial.

Concluye Cajasur que la afirmación contenida en la sentencia núm. 241/2013 de que una cláusula en un contrato concertado con consumidores no es transparente si no se asegura su comprensibilidad real, de modo que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que para él supone realmente el contrato celebrado como la posición jurídica que para él resulta de dicho contrato, es un sugerente postulado “de lege ferenda” [para una futura reforma de la ley] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Fundamento jurídico del control de transparencia

1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada “cláusula suelo”, puede citarse tanto la referida sentencia

núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

2.- La recurrente alega que este control de transparencia carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*.

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, 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.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, *«conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»*. Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, *«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»*.

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de

inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (*«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia “documental” verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta

por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer *«de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste»*.

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que *«la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical»* (párrafo 71), que *«esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva»* (párrafo 72), que *«del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»* (párrafo 73), y concluir en el fallo que *«el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»*.

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)».

6.- Lo expuesto lleva a la desestimación de este motivo del recurso. La Sala, en la sentencia núm. 241/2013, no ha realizado una labor de “creación judicial del Derecho” que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el art. 1.6 del Código Civil, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE.

No procede por tanto el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, por cuanto que el mismo ya ha dictado varias sentencias en las que fija con claridad el alcance del control de transparencia que resulta de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza del siguiente modo: «aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, objeto de este recurso de casación vulnera el

artículo 80.1 TRLCU, al considerar no transparentes las cláusulas suelo con base en los criterios enunciados en la sentencia de 9 de mayo de 2013».

2.- Los argumentos que se alegan para fundamentar el motivo son, resumidamente, que los criterios enunciados en la sentencia núm. 241/2013 para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo son incorrectos, pues infravaloran indebidamente muchos elementos de la normativa vigente y de la práctica actual generalizada, como son los requisitos establecidos en la Orden de 5 de mayo de 1994 y el deber de advertencia notarial.

Alega la recurrente que algunos hechos o conductas en que se basa la conclusión de falta de transparencia no se deben a la voluntad o capricho de las entidades financieras sino que estas venían obligadas a ello por la Orden de 5 de mayo de 1994, como es el caso de que las cláusulas suelo se contengan junto a las cláusulas techo, que venía impuesto dicha Orden.

Asimismo, afirma el recurso, la sentencia parte de un determinado sesgo en la valoración, derivado de los bajos tipos de interés de los últimos años, pues valora la falta de transparencia únicamente sobre la coyuntura económica de los años más recientes.

Cajasur considera erróneos los criterios tomados en consideración por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 241/2013 para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo, como ocurre con la afirmación de que se crea una apariencia falsa de estar ante un contrato de interés variable, dada la duración de los préstamos hipotecarios y la imposibilidad de prever la evolución de los tipos de interés; la afirmación de que falta información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y sin embargo se les dio un tratamiento impropiaamente secundario, puesto que tal afirmación se basa exclusivamente sobre la apreciación del informe del Banco de España sobre cuál era la preocupación de los clientes al contratar, el importe inicial de la cuota, y no se valoran las consecuencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 ni el deber de advertencia

del notario; la afirmación de que se crea una apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo, puesto que la normativa sectorial impone que la cláusula de limitación de los tipos de interés contenga tanto las limitaciones a la baja como al alza; la afirmación de que se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las empleadas por el BBVA, pues es consecuencia ineludible de la exigencia de exhaustividad y de la contratación en masa, e infravalora el alcance de la oferta vinculante y la advertencia notarial; la afirmación de que faltan simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y la inexistencia de advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, puesto que tales simulaciones fueron meras recomendaciones del Banco de España en el informe que realizó para el Senado en 2010 y es imposible concebir simulaciones que cubran siquiera una pequeña parte de los escenarios posibles.

Y, por último, alega Cajasur que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciada caso por caso, dada la concomitancia con el error vicio del consentimiento.

QUINTO.- Decisión de la Sala. Corrección de los criterios empleados en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 241/2013 para aplicar el control de transparencia

1.- Una vez sentado que la denominada “cláusula suelo” debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, que verifique que la información suministrada permite al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la

economía del contrato, ha de abordarse la impugnación que el recurso hace de los criterios empleados por la sentencia recurrida, en tanto que esta asume la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, para verificar si se ha cumplido esa exigencia de transparencia.

2.- La doctrina sentada en la sentencia núm. 241/2013 no infravalora la normativa vigente cuando se interpuso la demanda, y en concreto la Orden de 5 de mayo de 1994, sino que le otorga la trascendencia adecuada, que es la de garantizar 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. Pero el cumplimiento de las prescripciones de dicha norma no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula.

Las referencias que el recurso hace a la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 y a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no pueden ser tomadas en consideración, puesto que no estaban en vigor cuando se emplearon las condiciones generales cuestionadas; es más, son posteriores a la presentación de la demanda.

3.- Tampoco se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario. Como se afirmó en la sentencia de esta Sala, de Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, *«sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen,*

por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia».

Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los «[...] límites a la variación del tipo de interés», establece que *«en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes»*. Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado.

Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.

4.- No es correcta tampoco la afirmación que realiza el recurso en el sentido de que la normativa sectorial impone que la cláusula de limitación de los tipos de interés contenga tanto las limitaciones a la baja como al alza, sin que la recurrente haga más precisiones al respecto.

El apartado 3 del anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 impone que cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo, cuando puedan

expresarse así al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo, o de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

No impone, por tanto, que “suelo” y “techo” se incluyan en una misma cláusula, y menos aún que se haga creando la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

5.- Tampoco la exigencia de exhaustividad en la información y la contratación en masa justifica, como alega el recurso, que no pueda darse la información sobre un elemento esencial del contrato, en cuanto que conformador del precio, con un tratamiento adecuado a tal carácter y de un modo que permita al consumidor hacerse una idea adecuada de las consecuencias económicas que dicha cláusula puede suponer para él, de modo que pueda hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos teniendo en cuenta no solo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe.

6.- En cuanto al “sesgo” que el recurso atribuye al enjuiciamiento del tribunal, que se dice influenciado por las circunstancias económicas más recientes, no deja de ser una opinión personal de la recurrente, que como tal difícilmente puede ser combatida si no es negando que se haya adoptado algún “sesgo” inadecuado por la Sala. Simplemente se ha constatado el perjuicio que la inserción de dicha condición general, de forma no transparente, supone para el consumidor adherente cuando como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario es superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales, más altos, ofertados por entidades financieras competidoras, que no incluían en los clausulados de sus préstamos la llamada “cláusula suelo”, de un modo que no pudo ser previsto al contratar por la falta de transparencia en la inserción de la condición general en el contrato.

La afirmación contenida en el recurso acerca de la “imposibilidad” de hacer simulaciones de escenarios diversos se contradice con la afirmación de que el propio Banco de España, en el informe que presentó al Senado, proponía que se hicieran, y carece de un fundamento razonable.

El recurso también niega que mediante la utilización de estas cláusulas de modo no transparente se cree una falsa apariencia de préstamos a interés variable. El argumento tampoco se acepta, puesto que la explicación dada en la sentencia acerca del tratamiento secundario dado a la cláusula suelo y la falta de información adecuada sobre su trascendencia económica en el desenvolvimiento de la relación contractual justifica tal afirmación.

Otras consideraciones del motivo del recurso se refieren a la disconformidad con la valoración de distintos elementos fácticos y pruebas, que muestran simplemente que la recurrente no comparte la decisión adoptada por el tribunal, pero que no constituyen propiamente la alegación de una infracción legal sustantiva que pueda ser rebatida por la Sala al resolver el recurso de casación.

En todo caso, el recurso de casación tiene por objeto la revocación de la decisión adoptada en la sentencia recurrida como consecuencia de la denuncia de las infracciones legales que hayan podido cometerse en su fundamentación, pero no la discusión de todos y cada uno de los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida (es más, en este caso, en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la que se basa la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, pues se llega a impugnar razonamientos de la sentencia de esta Sala que la sentencia de la Audiencia Provincial no recoge expresamente), incluso aunque no puedan considerarse como esenciales para la decisión del litigio, en el sentido de que, aceptada su incorrección, el fallo hubiera sido otro.

7.- Por último, la alegación de que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciado caso por caso, no se comparte, porque es incompatible con la

regulación que tanto el Derecho interno como el comunitario hacen de la acción colectiva.

Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de art. 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución.

De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad

de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.

Siguiendo los argumentos del recurso, no podrían ejercitarse acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, o tampoco serían posibles enjuiciamientos que supusieran la formulación de juicios de valor abstractos de cuestiones tales como la confusión marcaria o constitutiva de competencia desleal, dadas las diferencias en la percepción de las ofertas publicitarias, los signos distintivos o las presentaciones de productos que pueden producirse entre los distintos receptores de tales comunicaciones y que obligarían a realizar el enjuiciamiento caso por caso.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso

1.- El enunciado que encabeza el tercer motivo del recurso es el siguiente: *«aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y que la transparencia de las cláusulas suelo debe ser examinada con base en los criterios expuestos en la sentencia de 9 de mayo de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU al considerar abusivas las cláusulas suelo con base en los criterios de la sentencia de 9 de mayo de 2013»*.

2.- Los argumentos que se exponen en el recurso para fundar este motivo son, resumidamente, que la sentencia núm. 241/2013 formula un criterio de imposible verificación al mencionar como criterio que debe tomarse en consideración para enjuiciar el carácter abusivo de una condición general *«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 considera erróneo que se afirme que *«es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el*

momento de la litispendencia», pues habría que tomar en consideración lo ocurrido durante los años en que la cláusula se haya utilizado.

Cajasur, en su recurso, critica también que el juicio de abusividad quede diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente sea abusiva.

Considera por último la recurrente que sin la aplicación de la cláusula suelo los tipos medios aplicables a la cartera hipotecaria habrían sido muy altos, y que las cláusulas suelo utilizadas en España no son desproporcionadas, exponiendo una serie de datos sobre el tipo medio de los suelos hipotecarios, su relación con el interés legal del dinero, la inflación y el coste medio de préstamo hipotecario a tipo variable en el resto de Europa, así como sobre la función económica de las cláusulas suelo y la repercusión económica de dejar de aplicarlas.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Falta de transparencia y carácter abusivo de la condición general

1.- La toma en consideración, como criterio general para enjuiciar el carácter abusivo de una condición general, de *«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»* no es contrario al ordenamiento jurídico. Podrá cuestionarse si en un caso concreto es posible prever esa evolución, y con qué alcance, pero no que ese pronóstico de evolución de las circunstancias relevantes en la contratación sea una cuestión sin importancia y no deba considerarse como un criterio general en dicho enjuiciamiento.

Por otra parte, que el enjuiciamiento abstracto de la validez de una condición general ha de hacerse teniendo en cuenta el momento de la litispendencia no supone que no se tome en consideración la evolución de las circunstancias relevantes acaecida hasta ese concreto momento, como de hecho se hace en la sentencia núm. 241/2013.

2.- La crítica que se formula acerca de que el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva, no se considera correcta.

La sentencia núm. 241/2013 afirma que *«la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas»* (apartado 250). Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.

Pero no es ese el supuesto de las llamadas “cláusulas suelo”. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 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 trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor»*.

3.- Las consideraciones sobre la función económica de las cláusulas suelo y de los efectos de eliminación práctica que se hacen en la última parte del motivo del recurso no pueden justificar la estimación del recurso, sin perjuicio de que en la sentencia núm. 241/2013 fueran tomadas en consideración para fijar los efectos de la nulidad declarada.

Por otra parte, no puede olvidarse que la sentencia núm. 241/2013 consideró que *«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»*. Por tanto, la sentencia no niega la licitud, en abstracto, de la cláusula suelo, sino que afirma su carácter abusivo cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido que se ha explicado.

OCTAVO.- Formulación del cuarto motivo del recurso

1.- El motivo cuarto se encabeza con el siguiente enunciado: *«la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida en una sentencia de Pleno de la Sala 1ª TS de 9 de mayo de 2013, en dos criterios o máximas:*

» 1ª) El “casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de información”, obliga a ceñir la eficacia de los pronunciamientos” 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” (apartado 300 de la sentencia de 9 de mayo de 2012).

» 2ª) “Las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo” (auto de aclaración de 3 de junio de 2013)».

2.- El motivo se fundamenta en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación sobre la base de limitarse a citar o transcribir determinados pronunciamientos de la sentencia núm. 241/2013, sin incluir ninguna consideración o

razonamiento propios del caso enjuiciado. Ello supondría una palmaria infracción jurídica sustantiva porque no se ha razonado si hay o no otros aspectos en las cláusulas objeto del litigio que eliminen los aspectos declarados abusivos en las cláusulas enjuiciadas por la sentencia núm. 241/2013, infringiendo la doctrina establecida en esta, lo cual debería llevar a casar la sentencia y fallar como órgano judicial de instancia, a cuyo efecto se debería permitir a la recurrente hacer las alegaciones sobre aspectos fácticos, con la proposición de las correspondientes pruebas, y sobre los aspectos jurídicos para realizar el enjuiciamiento correspondiente.

NOVENO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de la infracción denunciada.

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial expone cuál es la doctrina contenida en la sentencia, del Pleno de esta Sala, núm. 241/2013, y a continuación acomete la tarea de aplicarla al caso sometido a su consideración. En varios de sus pasajes, hace mención a la similitud entre el supuesto enjuiciado en la sentencia núm. 241/2013 y el resuelto por la Audiencia, así como, más concretamente, la similitud de las propias cláusulas suelo enjuiciadas. Estas menciones constituyen una motivación adecuada de la aplicabilidad de la doctrina de la sentencia núm. 241/2013 al supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial.

La sentencia recurrida realiza también una serie de consideraciones en las que traslada la doctrina sentada en la citada sentencia de esta Sala al supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial, como es que en el caso enjuiciado falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con

otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

2.- Lo expuesto muestra que la Audiencia Provincial no se ha limitado, como pretende Cajasur, a trasladar acríticamente la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala, sin tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sino que ha justificado la aplicación de distintos razonamientos de tal sentencia porque los supuestos sobre los que se pronuncian ambas sentencias son similares, y concurren las circunstancias fácticas más importantes que determinaron la declaración por esta Sala de la nulidad de la condición general que contenía la llamada “cláusula suelo” por falta de transparencia determinante de su carácter abusivo.

Por tales razones, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

F A L L A M O S

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por “Cajasur Banco S.A.U.” contra la sentencia núm. 91/2013, de 21 de mayo, dictada

por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el rollo de apelación núm. 101/2013.

2.- Imponer a la expresada recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz. FIRMADA Y RUBRICADA.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, 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.

--