

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**AUTO**

*Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán*

*Autos:* CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

*Fecha Auto:* 06/11/2013

*Recurso Num.:* 485/2012

*Fallo/Acuerdo:* Auto Desestimando

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Rafael Sarazá Jimena

*Procedencia:* Sección 5ª. de la Audiencia Provincial de Sevilla

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

*Escrito por:* MRP

**DESESTIMACIÓN DE INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES**

**Auto:** CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

**Recurso Num.:** 485/2012

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

**Procurador:** D.<sup>a</sup> ANA LLORENS PARDO, D. GUILLERMO GARCÍA  
SAN MIGUEL HOOVER, D.<sup>a</sup> MARÍA JOSÉ RRODRÍGUEZ TEIJEIRO,  
D. RAFAEL SILVA LÓPEZ

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**AUTO**

**Excmos. Sres.:**

**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**

**D. Sebastián Sastre Papiol**

**D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

---

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil trece.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El nueve de mayo de dos mil trece dictamos en este rollo la sentencia 241/2013, cuyo fallo acuerda:

«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.

»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 Riscal 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.

»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 Argentaría, 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 Argentaría, 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.

»Decimoprimer: 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».

**SEGUNDO.-** Los procuradores de los tribunales doña Ana Llorens Pardo, don Rafael Silva López y don Guillermo García San Miguel Hoover, en nombre y representación respectivamente de Banco

Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, NCG Banco, S.A.U. y Cajas Rurales Unidas, S.C.C. presentaron solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de la sentencia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Fue dictado auto el 3 de junio de 2013 en cuya parte dispositiva se acordaba:

«PRIMERO:

»Ha lugar a rectificar la referencia a los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero, contenida en el pronunciamiento séptimo de la sentencia, que debe sustituirse por la referida a los apartados 3, 4 y 5 del indicado antecedente de hecho primero, de tal forma que, donde dice "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 [...]", debe decir "Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del antecedente de hecho primero de esta sentencia [...]".

»SEGUNDO

»No ha lugar a la aclaración del extremo séptimo del fallo en el sentido interesado en la primera de las aclaraciones solicitada.

»TERCERO

»Ha lugar a aclarar que la falta de información que requiere la especial transparencia de las cláusulas suelo no negociadas individualmente, incorporadas a contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, no queda subsanada por el hecho de que en casos concretos se hayan abaratado los créditos durante un período de tiempo.

»CUARTO

»Ha lugar a completar el apartado decimoprimerero del fallo que debe decir "Decimoprimerero: Acordamos la publicación de los apartados sexto a décimo del fallo de esta sentencia, ambos inclusive, 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 o iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación.

»QUINTO

»Se suprime la referencia al apartado 27 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), que se introduce en los siguientes términos "Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo: [...]".

**TERCERO.-** El 10 y 11 de julio, respectivamente, las representaciones de "CAJAS RURALES UNIDAS, S.C.C." y de "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." presentaron sendos escritos promoviendo incidente de nulidad de actuaciones al amparo de los arts. 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial frente a la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, dictada en el rollo.

**CUARTO.-** Por providencia de 17 de julio, se admitieron a trámite los incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones y se acordó dar traslado a las demás partes para que, dentro del plazo de 5 días, pudieran formular alegaciones.

Mediante providencia de la misma fecha, se acordó lo siguiente: «Por cese del Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos como Magistrado de esta Sala, se designa como nuevo ponente para la continuación de las presentes actuaciones al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena Mediante providencia de 6 de septiembre de 2013.»

La providencia que admitía a trámite los incidentes de nulidad de actuaciones fue recurrida en reposición por la representación de “ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO)”. Admitido y tramitado el recurso, se dictó auto el 8 de octubre de 2013 desestimándolo.

**QUINTO.-** La “ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO)” y el Ministerio Fiscal presentaron sendos escritos oponiéndose a las solicitudes de nulidad de actuaciones formuladas. NCG BANCO, S.A.U., presentó escrito solicitando se le tuviera por adherido a las solicitudes de nulidad de actuaciones y que éstas fueran estimadas.

**SEXTO.-** Mediante providencia de 6 de septiembre de 2013 se acordó lo siguiente: [...] «Se convoca a Pleno de los Magistrados de esta Sala, y se señala para el próximo día 9 de octubre de 2013 a las 10:00 horas de su mañana; a fin de resolver los Incidentes de Nulidad planteados; notifíquese a las partes.»

Por providencia de 1 de octubre de 2013 se acordó lo que a continuación se reproduce: «Se suspende, por necesidades del servicio, el señalamiento del próximo día 9 de octubre y, a fin de resolver los

incidentes de nulidad planteados, se convoca pleno de los Magistrados de esta Sala, señalándose nuevamente el próximo día 23 de octubre de 2013, a las 10,00 horas de su mañana.»

La deliberación tuvo lugar el día y hora señalados.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**, quien expresa la opinión de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación del incidente y posición de las demandadas**

1.- Las demandadas “CAJAS RURALES REUNIDAS, S.C.C.” (en lo sucesivo, CAJAS RURALES) y “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.” (en lo sucesivo, BBVA) han promovido, separadamente, incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por este Tribunal el 9 de mayo de 2013 en este rollo, aclarada por auto de 3 de junio de 2013.

2.- Admitido a trámite el incidente, al evacuar el traslado conferido a las demás partes, la también demandada “NCG Banco, S.AU.” (en lo sucesivo, NCG) presentó un escrito en el que solicitaba se le tuviera “por adherido” a los incidentes de nulidad actuaciones promovidos por CAJAS RURALES y BBVA, y que, en consecuencia, se estimaran dichos incidentes. Pero no se limitaba a apoyar los argumentos expuestos por las otras demandadas, sino que en realidad formulaba un escrito de

promoción de un incidente de nulidad autónomo, con estructura propia. En este escrito se denunciaba lo que NCG consideraba infracciones de derechos fundamentales, que solo en parte eran coincidentes con las contenidas en los escritos de CAJAS RURALES y BBVA.

**3.-** No puede admitirse la promoción extemporánea de dicho incidente por NCG. Esta demandada ha dejado precluir la posibilidad de promover tal incidente, previsto en la ley como “excepcional” y con breves plazos para su planteamiento. Solo son admisibles sus alegaciones en cuanto sirvan para reforzar los argumentos impugnatorios de quienes sí lo promovieron en plazo, pero no en lo que puedan suponer de innovación respecto de las impugnaciones de CAJAS RURALES y BBVA. Además, a estas nuevas causas de solicitud de nulidad de actuaciones no podrían responder las otras partes, la “ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS, AUSBANC CONSUMO” (en lo sucesivo, AUSBANC) y el Ministerio Fiscal.

## **SEGUNDO.- Consideraciones previas. Objeto del incidente**

**1.-** Los escritos de promoción del incidente de CAJAS RURALES y BBVA no coinciden en su estructura y contenido. Además, cada uno de ellos contiene alegaciones referidas a diversas infracciones de derechos fundamentales (básicamente, el derecho a la tutela judicial efectiva en varios de sus aspectos) y a otras que carecen de tal trascendencia. El Tribunal, para dar respuesta adecuada, agrupará de manera sistematizada las distintas alegaciones, según la cuestión a la que afecten.

**2.-** Las promotoras del incidente, y quien se ha adherido a la petición de nulidad de actuaciones, invocan la infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva. Pero de dicho derecho son también titulares las demás partes, AUSBANC y el Ministerio Fiscal. Por ello ha de guardarse un equilibrio entre el derecho de las demandadas a que el tribunal responda a las denuncias de infracción de derechos fundamentales formuladas adecuadamente y el derecho de AUSBANC y el Ministerio Fiscal a que no resulte modificada, por razones ajenas a una infracción de derechos fundamentales, una resolución judicial irrecurrible y, por tanto, firme como es la sentencia que resuelve los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. De no ser así, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes, en su vertiente del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

**3.-** En este trámite el Tribunal solo puede entrar a considerar si se han producido infracciones de derechos fundamentales, pues tal cuestión es el único objeto posible del incidente de nulidad de actuaciones. No puede convertirse este incidente en un nuevo recurso en el que se revisen otras posibles irregularidades procesales o supuestas contrariedades a Derecho por la vía de denunciar la arbitrariedad de la resolución, la desvinculación del tribunal respecto del sistema de fuentes o la extralimitación del ámbito de la casación.

No obstante, para evitar que las alegaciones de infracción del art. 24 de la Constitución, cuando encubran pretensiones de revisión de cuestiones estrictamente de corrección jurídica sin trascendencia constitucional (lo que simplícidamente suele denominarse como cuestiones “de legalidad ordinaria”), sean rechazadas de plano de forma

inmotivada, habrá de hacerse una somera explicación de la ausencia de infracción de derecho fundamental alguno.

Una argumentación excesiva sobre estas cuestiones, aunque fuera para rechazar su carácter de infracción del derecho fundamental, podría suponer un oscurecimiento de la jurisprudencia sobre esta materia, pues para conocer su sentido y alcance, obligaría a los profesionales del Derecho y demás interesados a manejar la sentencia, el auto de aclaración y el resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones.

**TERCERO.- Alegación de incongruencia “extra petita” [fuera de lo pedido] con vulneración de los principios de contradicción e interdicción de la indefensión**

1.- La cuestión a la que se da mayor trascendencia en los escritos de promoción del incidente, y en el de adhesión al mismo, es la de la incongruencia “extra petita” que vulnera los principios de contradicción e interdicción de indefensión.

2.- Alegan los promotores del incidente, resumidamente, que existe un desajuste entre los términos en que las partes formularon sus pretensiones y el fallo de la sentencia, que infringiría el principio de contradicción y la interdicción de indefensión pues las demandadas no habrían podido hacer alegaciones y practicar prueba sobre los elementos en que se basa el fallo de la sentencia.

3.- Afirman también que la demanda fundamentó la nulidad de las “cláusulas suelo” en el desequilibrio que provocaban en la posición de las

partes mientras que la sentencia ha basado su fallo en la falta de transparencia de las cláusulas cuestionadas en la demanda.

4.- Asimismo, alegan que la sentencia no se ajusta al contenido de los recursos planteados, que se han cambiado los hechos integrantes de la “causa petendi” [causa de pedir] y que el fallo acuerda algo diferente de lo solicitado en la demanda.

#### **CUARTO.- Valoración de la Sala**

1.- El Tribunal Constitucional ha declarado (SSTC núm. 187/1989, de 13 de noviembre y 64/1993, de 1 de marzo) que no toda irregularidad o infracción procesal tiene dimensión constitucional.

En relación a la congruencia, ha afirmado «que la incongruencia constituya o pueda constituir un quebranto de la legalidad no ha de suponer necesariamente que al mismo tiempo lo sea de la constitucionalidad» (STC 14/1985, de 1 de febrero).

No constituye el objeto de este incidente apreciar si la sentencia cuestionada respeta o no el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sino si se ha incurrido en una incongruencia vulneradora de alguna de las garantías consagradas en el art. 24 de la Constitución, como son las de contradicción e interdicción de indefensión. Dicho en otras palabras, solo puede entrarse a valorar si se ha infringido el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en tanto dicha infracción pueda suponer a su vez una vulneración del art. 24 de la Constitución, pues solo procede analizar la

trascendencia constitucional de la congruencia, al estarse en un incidente cuyo único objeto es la infracción de derechos fundamentales.

**2.-** La sentencia cuestionada, frente a lo que alegan las promotoras del incidente, no afirma que las exigencias del Derecho comunitario justifican prescindir del principio de congruencia y de la regulación de los recursos.

Lo que declara en su apartado 130 es 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».

Esta moderación de los rigorismos procedimentales no es, por otra parte, nueva ni excepcional pues también ha sido contemplada por este Tribunal en otras ocasiones. Es reiterada la jurisprudencia que afirma que la congruencia impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, por lo que, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada (sentencias de esta Sala núm. 1038/2001, de 10 de noviembre; núm. 489/2004, de 9 de junio; núm. 1026/2006, de 20 de octubre; núm. 175/2007, de 13 de febrero).

La doctrina del Tribunal Constitucional acoge esta concepción no rigorista de las exigencias de la congruencia también en lo que respecta a la dimensión constitucional de este principio. Conforme a esta doctrina (por todas, STC núm. 25/2012, de 27 de febrero) lo trascendente desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es que se haya producido una modificación sustancial del objeto del proceso que provoque indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, pues la decisión judicial se pronuncia sobre cuestiones no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de formular las alegaciones que consideraran oportunas, y que lleve al pronunciamiento de un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes.

Esto no se ha producido, como resulta del examen de las distintas fases del proceso.

### *3.- Alegaciones de la demanda.*

AUSBANC promovió una demanda en la que ejercitaba una acción colectiva, concretamente una acción de cesación, en la que planteaba el control abstracto de unas determinadas condiciones generales, las denominadas “cláusulas suelo”, incluidas en contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores, respecto de las que solicitaba se declarara su nulidad y se condenara a las demandadas a cesar en su utilización. Ciertamente alegaba como fundamento de su pretensión la existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, y a ello dedicaba extensas consideraciones. Pero no es menos cierto que en su demanda alegaba también la falta de conocimiento real del alcance de dichas cláusulas por parte de los consumidores y usuarios. No sólo se trata de puntuales referencias a que tales cláusulas hubieran pasado inadvertidas a los prestatarios, que estos no fueran

conscientes de lo que firmaban (páginas 13 a 15 de la demanda). En la página 37 de su demanda la parte actora alegaba expresamente la complejidad de dichas cláusulas, comprensivas de conceptos y términos técnicos ajenos a la cultura financiera del ciudadano normal y corriente que provocaba que los prestatarios desconocieran su existencia en el contrato.

#### *4.- Alegaciones de las demandadas al contestar la demanda.*

Tal alegación no pasó inadvertida para las demandadas. En las contestaciones a la demanda realizadas oralmente en el juicio los abogados de las demandadas realizaron alegaciones relativas a la comprensibilidad de la cláusula, a su «claridad evidente», a la actuación transparente de las entidades bancarias, a «lo pactado de una manera clara y transparente». Se hizo mención por estos a «que las limitaciones a la variabilidad de los tipos de interés consten de una manera clara y transparente para que el cliente esté informado» (1:10 y siguientes de la grabación, aproximadamente). Se refutó como infundada la alegación de que había desconocimiento por parte de los prestatarios (1:20). Se dijo «¿cuál es la complejidad?, ¿hace falta tener un master en finanzas para entender esta expresión?» (1:25). Se hizo referencia a la existencia de controles que permiten el conocimiento de la cláusula por parte del cliente (1:40) y que las cláusulas controvertidas son válidas siempre que el cliente haya sido informado de forma adecuada, haciéndose mención al «consentimiento informado». En la “instructa” presentada en el juicio por el abogado de BBVA se afirmaba en diversos pasajes:

«Pero aun en el caso de que formalizado el préstamo hipotecario de manera consciente y habiendo asumido el consumidor prestatario de manera informada y reflexiva el pacto de limitación a la variación del tipo de interés...»

«Todas las cláusulas que se transcriben en la demanda (págs. 5 y 22.) respetan de forma escrupulosa las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez establecidos en los artículos 5.5. y 7 b de la LCGC de modo que no puede haber duda alguna, a través de una simple lectura del sentido y del alcance que tiene la limitación mínima y máxima de variación del tipo de interés.»

«La citada cláusula es aceptada y consentida plenamente por el prestatario, lo que implica, dada la claridad del contenido del contrato, pleno conocimiento de sus obligaciones por parte del prestatario.»

En la “instructa” presentada por el abogado de NCG se afirmaba en diversos párrafos:

«La demanda debe ser asimismo desestimada porque la cláusula discutida cumple con los criterios de claridad y transparencia en su redacción exigidos por la ley 7/1998...».

«SEGUNDO.- CLARIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA QUE CONTEMPLA LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS Y LAS LIMITACIONES A SU VARIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA ORDEN DE 5 DE MAYO DE 1994.

»En aplicación al presente litigio de los principios de transparencia y claridad contemplados en la normativa referida, y a la vista de los razonamientos contenidos en el informe del Banco de España, resulta evidente que la cláusula discutida es de una claridad manifiesta pues, tras haber sido objeto de negociación individualizada con el cliente, consta de manera diferenciada en toda la documentación contractual y precontractual relacionada

con la formalización del préstamo hipotecario...» (subrayado en el original).

«Como vemos, frente a la manifestación de la demanda respecto a qué “términos o cláusulas tan técnicas como éstas del tipo mínimo de interés o tipo mínimo de referencia” no tienen por qué formar parte de la cultura financiera del consumidor medio, ponemos de relieve que, al menos en los préstamos formalizados por Caixa Galicia, la claridad y sencillez de la cláusula no puede ser mayor, pudiendo decirse que su comprensión queda plenamente al alcance del consumidor con menor cultura financiera posible; señalar, como se hace, que, en ningún caso, el tipo de interés del préstamo será superior a determinado tipo ni inferior a determinado tipo, es fácilmente comprensible de forma universal».

Y en la presentada por el abogado de CAJAS RURALES se decía:

«...siempre que el prestatario haya sido informado de forma adecuada, no pueden considerarse limitativas de sus derechos, ni abusivas al no estar impuestas si no negociadas individualmente».

##### ***5.- Razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial.***

La sentencia del Juzgado Mercantil basó la estimación de la demanda en el otro argumento, el desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes por el desfase de las “cláusulas suelo” cuestionadas en relación a las “cláusulas techo” contenidas en las mismas escrituras de préstamo.

Pero la sentencia de la Audiencia Provincial que resolvió el recurso de apelación volvió a abordar la cuestión de la transparencia de la cláusula, de la información al consumidor y el conocimiento por éste del

alcance de la cláusula y afirmó en diversos pasajes del fundamento de derecho quinto:

«[...] que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el iter negocial de la contratación, garantizando la transparencia y regulando los trámites necesarios para asegurar que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente con el adecuado conocimiento y con total información...».

«[las cláusulas suelo] es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad...».

«[...] su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor que puede contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado, y tras ello decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado. Oferta cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula los términos en que deben redactarse las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés...».

«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».

«No nos hallamos, en definitiva, ante unas condiciones generales incorporadas al contrato por el predisponente sin información expresa al adherente acerca de su existencia, lo que produciría su nulidad de acuerdo con el art. 8 de la LCGC en relación con el art. 82 de la LCU. Por el contrario, se trata de unos pactos que constituyen condiciones esenciales del contrato, que sólo forman parte del contrato tras la información previa al prestatario, su examen, estudio, contraste con las ofertas de otras entidades de crédito, libre formación de voluntad y libre aceptación del mismo, en un iter negocial preparatorio regulado por la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios».

Tras estas consideraciones, en el fundamento de derecho sexto, la Audiencia añadía:

«[...] el iter negocial que establece la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la regulación del contenido de las ofertas vinculantes y la gran competencia existente en el mercado con multitud de ofertas sin cláusula suelo (el informe del Banco de España aportado a las actuaciones refleja que "el 71% de la cartera encuestada no tiene restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí que tiene limitaciones, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tiene limitaciones la subida" ), garantizan la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario...».

**6.- Alegaciones realizadas ante este Tribunal.**

El Ministerio Fiscal, en su recurso de casación, hacía mención a la falta de estudio y examen cuidadoso de las ventajas e inconvenientes de las ofertas bancarias por parte de la mayoría de los consumidores (pág. 9).

En sus escritos de oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, las demandadas también volvían a realizar alegaciones sobre la cuestión de la transparencia de las cláusulas. En el escrito de NCG, esta alegaba que la regulación de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 tiene por finalidad asegurar la información necesaria para contratar y tutelar la libertad de decisión del consumidor (página 57), hacía referencia a las consideraciones que sobre la transparencia se contienen en la sentencia de la Audiencia Provincial, y contenía asimismo, en las páginas 66 y siguientes, un apartado específico sobre esta cuestión, cuya primera parte se transcribe a continuación:

**«3. Las cláusulas de limitación de la variación del interés aplicable únicamente quedan sujetas a un control de transparencia, que la Cláusula de NCG Banco objeto de este procedimiento satisface plenamente**

»Desde la perspectiva del Derecho de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas de limitación de la variación del interés aplicable, por cuanto fijan de forma directa e inmediata la retribución de la prestación previamente efectuada por la entidad prestamista, quedan sujetas solo a un control de transparencia e incorporación, y no de contenido o de abusividad. Como se ha señalado en este escrito, de ello se hace eco la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en su Fundamento de Derecho Quinto, y lo hace de forma coherente con la doctrina ya establecida anteriormente por otras sentencias de Audiencias

Provinciales, como la Sentencia núm. 75/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec., 28ª), de 22 de marzo (AC 2010/7, FD 6º y 7º), y asumida después también por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Secc. 1ª) núm. 146/2012, de 14 de mayo (JUR 2012/355078), y está en línea con la opinión de la doctrina más autorizada en esta materia, como es de ver en el siguiente comentario del profesor J. ALFARO (<http://derechomercantilespana.blogspot.com/2011/09/la-sentencia-del-juzgado-de-lo.html>):

»"[...] sobre la base de la libertad del banco para fijar el tipo de interés del préstamo como le parezca conveniente lo que parece indicar que, en realidad, **la cláusula se refiere a un elemento esencial del contrato y no puede ser sometida a control de contenido porque es tanto como sentar un control judicial de los precios. El control ha de ser el de transparencia [...]. El Juez lo ve: si los bancos pueden fijar libremente el tipo de interés (pueden lo más), han de poder fijar los límites a la variación del tipo (que es lo menos). Basta con que lo hagan de manera transparente para que la competencia pueda jugar su papel** protector de los consumidores [...].

»**Si la cláusula es eficiente (incrementa la ganancia del contrato porque, al proteger al banco frente a tipos tan bajos que no cubran sus costes de refinanciación, los bancos estarán dispuestos a reducir el diferencial que cargan al prestatario) y los oferentes están en competencia, esas ganancias de eficiencia se trasladan a los consumidores y, por tanto, no deben declararse nulas las cláusulas correspondientes sino en el caso de que no sean transparentes [...]"** [...].

»Esta posición de la Sentencia recurrida ha quedado recientemente respaldada por las tantas veces citada Sentencia núm. 406/2012 del Tribunal Supremo, de 18 de junio (rj 2012/8857), que ha despejado cualquier duda que pudiera haber sobre esta cuestión y cuyos precisos términos no huelga reproducir una vez más: *“Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control del contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1 de la ley general de defensa de los consumidores y usuarios)”*.

»Y ninguna duda cabe que la Cláusula de los contratos de préstamo hipotecario de mi mandante objeto de este procedimiento satisface las más estrictas exigencias de inclusión y transparencia, tanto en su incorporación al contrato, como, en todo caso, en su ubicación sistemática dentro del contrato y en su misma redacción.» (énfasis mediante negrilla y subrayado en el original del escrito).

En el escrito de oposición de “CAJAS REUNIDAS” se cuestionan las afirmaciones de la demandante sobre los defectos de información, el desconocimiento y la falta de comprensión de dichas cláusulas por los prestatarios faltos de cultura financiera (páginas 19 y 20), se cita una sentencia de Audiencia Provincial en la que se razona sobre el control de las condiciones generales sobre elementos esenciales del contrato en la que se realiza un control de transparencia, que en aquel caso se pasa satisfactoriamente por considerar dicho tribunal que “permiten conocer la carga económica que deriva del contrato y comparar las distintas ofertas”

(página 29) y se realizan alegaciones sobre cuál es en su opinión el alcance del requisito y correlativo control de transparencia (“transparencia es información”), lo equipara con el vicio del consentimiento o en todo caso con los requisitos de accesibilidad y legibilidad propios del control de inclusión (página 34).

Las tres entidades recurridas invocan en sus escritos de oposición a los recursos la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 406/2012, de 18 de junio, de la que entrecomillaban la frase “los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia”.

**7.-** Son además las entidades bancarias demandadas las que introdujeron en el debate procesal el alcance del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores según el cual «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Este precepto ha tenido importante relevancia en la resolución de los recursos. La cuestión relativa a la existencia de un control de transparencia que se añada al mero control de inclusión ha venido determinada en buena parte por el inciso final de este precepto.

**8.-** Lo expuesto muestra que la sentencia cuya nulidad se pide no se apartó de las cuestiones debatidas en el proceso, que las partes

tuvieron oportunidad de realizar alegaciones y prueba sobre las mismas y que el fallo no fue extraño a las pretensiones ejercitadas.

**9.-** Cuestión distinta es pretender que la argumentación del tribunal haya de ajustarse literalmente a los concretos argumentos expuestos por las partes, pues ello excede de las exigencias que se derivan del art. 24 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en la STC 56/2007, de 12 de marzo, con cita de otras anteriores, al pronunciarse sobre las exigencias constitucionales derivadas del principio de congruencia, ha declarado:

«No quiere ello decir que el Juez o Tribunal tenga vedado utilizar su potestad, expresada tradicionalmente en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, que le permiten no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las Sentencias, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas».

En la STC 29/1999, de 8 de marzo, el Tribunal Constitucional declaraba en relación a las exigencias constitucionales relativas al principio de congruencia:

«[...] la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión. Doctrina que no impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, como expresa el viejo aforismo *iura novit curia*, los Jueces y Tribunales no están obligados al motivar sus sentencias a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por

las partes, tal y como también de forma reiterada ha señalado este Tribunal (por todas, STC 136/1998)».

Este Tribunal también ha señalado que la correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo “iura novit curia” [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio).

Que las demandadas hayan optado por dar un determinado alcance a la exigencia de transparencia en las condiciones generales relativas a las cláusulas suelo, reducida en la práctica a la observancia de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, forma parte de la libertad de defensa de sus derechos e intereses legítimos, pero no priva al Tribunal de realizar un enjuiciamiento crítico que no acepte los términos a los que pretende circunscribirse el deber de transparencia, sin que ello suponga infracción de los principios de contradicción e interdicción de indefensión.

**10.-** Las promotoras del incidente denuncian también que el contenido del fallo se aparta del suplico de la demanda.

Tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal han declarado que el principio de congruencia no exige un ajuste literal entre el fallo de la sentencia y el suplico de la demanda.

El fallo de la sentencia cuestionada contiene una estimación parcial de la demanda, por cuanto que no declara una nulidad de las

cláusulas suelo en todo caso, como pedía la demandante, sino solamente cuando no sean transparentes.

El Tribunal consideró que en este supuesto las concretas cláusulas cuestionadas utilizadas por las demandadas no lo eran y precisó en el fallo las razones de tal conclusión.

Habida cuenta del debate procesal que tuvo lugar en el proceso, al que se ha hecho extensa referencia, no se ha dado algo distinto de lo pedido por la parte actora, sino menos de lo solicitado.

**11.-** Para justificar el carácter material de la indefensión que se le habría causado por la incongruencia en la que habría incurrido el Tribunal al modificar los términos del debate procesal, la demandada BBVA realiza las alegaciones que, según manifiesta, hubiera hecho si se le hubiera dado la oportunidad de alegar, a fin de que el Tribunal conozca que hay indefensión material porque se le ha privado de efectuar esta exposición.

Las alegaciones que realiza muestran que lo que pretende BBVA es crear un nuevo trámite de revisión ordinaria, que no constitucional, de la sentencia, puesto que realiza una crítica exhaustiva de sus argumentos y pronunciamientos, aprovechando además las opiniones doctrinales que sobre ella se han publicado.

BBVA tuvo oportunidad de alegar en el proceso sobre las cuestiones relativas a la información pertinente a suministrar a quienes procedían a contratar con ella préstamos hipotecarios y la transparencia de dichas cláusulas, y realizó las alegaciones que consideró oportunas, que han sido parcialmente reproducidas en anteriores fundamentos. Cuestión distinta es que pretenda crear un nuevo turno de alegaciones, con la ventaja que significa conocer los términos concretos en que el Tribunal ha resuelto los recursos y las opiniones doctrinales vertidas

sobre la misma, para conseguir la revocación de dicha resolución mediante un recurso que el ordenamiento jurídico no concede.

**12.-** Hacen también reiteradas menciones las promotoras del incidente al cambio en los hechos, integrantes fundamentales de la “causa petendi” [causa de pedir], por parte de este Tribunal, como generadora de la incongruencia denunciada.

En una demanda en la que se ejercita una acción colectiva para el control abstracto de la validez de condiciones generales de la contratación, el componente fáctico es secundario, pues las cuestiones controvertidas son de naturaleza fundamentalmente jurídica. Las que las promotoras del incidente califican como cuestiones fácticas son en su práctica totalidad valoraciones esencialmente jurídicas sobre la contratación por medio de condiciones generales.

En todo caso, los elementos fácticos tomados en consideración por el Tribunal son los introducidos por las partes en el proceso, tanto en sus alegaciones como en las pruebas practicadas, como por ejemplo el Informe del Banco de España.

Sobre esta cuestión volveremos al analizar la alegación de que no se han respetado las exigencias propias del recurso de casación.

**13.-** En cuanto a la alegación de que la sentencia no se ajusta al contenido de los recursos planteados, el Tribunal ha estimado en parte los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación pues consideró que la sentencia de la Audiencia Provincial incurría en algunas infracciones legales procesales y sustantivas. Al hacerlo, procedió a casar la sentencia de la Audiencia Provincial (apartado 4º del fallo de la sentencia) por aplicación del art. 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a asumir la segunda instancia (apartado 5º del fallo de la sentencia) y a

resolver los recursos de apelación formulados por las entidades demandadas (apartado 5º y siguientes del fallo), con la plenitud de cognición en el aspecto fáctico y jurídico propio de tal recurso, sin necesidad por tanto de ajustarse rigurosamente al resto del contenido de los recursos de casación e infracción procesal.

**14.-** Al actuar como tribunal de instancia, el Tribunal entendió que el argumento por el que el Juzgado Mercantil había estimado la demanda no era acertado, pero que existían otras razones oportunamente introducidas en el proceso y debatidas por las partes, que fueron analizadas para llegar a la conclusión de que procedía la estimación parcial de la demanda por la falta de transparencia de las cláusulas suelo que determinaba que las mismas dieran cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustraban las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable", convirtiendo el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza, por exponerlo muy sintéticamente.

**15.-** El Tribunal Constitucional ha afirmado que incurre en incongruencia omisiva el tribunal de apelación que tras estimar fundada la apelación del demandado contra la sentencia de primera instancia que estima la primera pretensión alternativa o la pretensión principal de la demanda, omite pronunciarse sobre las pretensiones alternativas o subsidiarias cuando el tribunal a quo no se pronunció sobre ellas por estimar la primera o principal (SSTC 4/1994, de 17 de enero y 218/2003, de 15 de diciembre). Lo mismo ocurre en el caso de una pretensión

fundada en varias causas (STC 206/1999, de 8 de noviembre). En la última de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional declaraba:

«[...] el recurso de apelación constituye un “novum iudicium”, que traslada al órgano jurisdiccional superior la plenitud de cognición sobre el asunto litigioso, de manera que requiere del Tribunal “ad quem” una respuesta sobre el total ámbito que el debate ha suscitado, sin consentir restricciones o limitaciones del mismo».

Por tanto, al casar la sentencia recurrida y asumir la instancia como tribunal la apelación, el Tribunal consideró que existían otras razones para estimar, al menos en parte, la demanda, que se encontraban presentes tácitamente en la apelación una vez que se consideraron desacertadas las razones que fundaron la estimación plena de la demanda, y sobre las cuales el Tribunal no podía dejar de pronunciarse pues de hacerlo habría incurrido en incongruencia omisiva, ya que habían sido oportunamente planteadas en la demanda y la demandante no podía recurrir en apelación pues su pretensión había sido plenamente estimada en primera instancia.

**16.-** Como consecuencia de lo expuesto, no existe incongruencia “extra petita” generadora de infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las demandadas.

#### **QUINTO.- Alegación de incongruencia interna de la sentencia.**

##### **Valoración de la Sala**

**1.-** Se alega también por las promotoras del incidente la existencia de una incongruencia interna en la sentencia dictada por este Tribunal.

Se alega que la sentencia cuestionada confirma las tesis de la Audiencia Provincial (que las cláusulas cuestionadas versan sobre elementos esenciales del contrato, que no puede declararse su ilicitud en todo caso ni su abusividad por existir un desfase entre las “cláusulas suelo” y las “cláusulas techo”, etc.) y sin embargo casa su sentencia, lo que supone una contradicción insalvable.

El argumento es inconsistente. No se han estimado en su totalidad los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación porque se entendió que varias de las infracciones legales, de orden procesal y sustantivo, invocadas por los recurrentes no eran tales y que las consideraciones de la Audiencia Provincial sobre tales extremos eran correctas. Ello no supone que exista una confirmación tácita de la sentencia de la Audiencia Provincial ni es contradictorio con que se estime que se han producido otras infracciones legales denunciadas en los recursos, se case en consecuencia la sentencia, se asuma la instancia, se estimen en parte los recursos de las demandadas pero se desestimen también en parte, y, en definitiva, se estime en parte la demanda.

**2.-** Otro motivo por el que la sentencia incurriría en incongruencia interna es que de su conclusión resultaría la procedencia de analizar la cuestión de la transparencia caso por caso, lo que es incompatible con una declaración general de nulidad. Invocan en apoyo de su tesis el inciso final del art. 82.3 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y **considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así**

**como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa” (énfasis añadido).**

Esta alegación carece de trascendencia a efectos de este incidente extraordinario pues se basa en una discrepancia de las demandadas en cuestiones de mera legalidad ordinaria sin trascendencia constitucional, como es la del alcance del control abstracto de la validez de las condiciones generales de la contratación propio de los litigios en que se ejercitan acciones colectivas.

La tesis expuesta por las demandadas es incompatible con la regulación que de la materia hace tanto el Derecho interno como el comunitario, en la que las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 53 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 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 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores 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 su tesis, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque habría que 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) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de la 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).

En el caso de autos, la posibilidad de tal control abstracto se justificaba por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por las entidades demandadas de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa. Tales extremos fueron objeto de alegación y prueba y el Tribunal concluyó en la procedencia de realizar el control abstracto de validez en los términos en que lo hizo.

## **SEXTO.- Alegación de indefensión. Valoración de la Sala**

1.- Las partes demandadas formulan otras alegaciones de indefensión con carácter autónomo a la alegación de indefensión que se realiza en conexión con la denuncia de incongruencia.

**2.-** Se alega por BBVA que el Tribunal Supremo innova el derecho al establecer un control de transparencia que carece de base legal en nuestro ordenamiento y que no puede justificar la omisión del contradictorio para que las partes sean oídas.

Las objeciones realizadas supondrían que cuando una sentencia del Tribunal Supremo pueda considerarse “novedosa” se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes que no habrían podido “prever” esa evolución jurisprudencial y hacer las alegaciones oportunas.

La objeción no puede estimarse, pues el progreso de la jurisprudencia no puede ser considerado infractor del derecho a la tutela judicial efectiva sino propio de la función que un Tribunal Supremo ha de desempeñar en el sistema judicial de un Estado de Derecho.

**3.-** Además, la alegación parte de bases incorrectas porque el control de transparencia de las cláusulas abusivas como diferenciado del previo control de inclusión no es una novedad “inesperada” introducida por la sentencia cuya nulidad se solicita.

El Informe de la Comisión Europea 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 (COM/2000/0248 final) afirma:

«El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según que se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva.

»En efecto, 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 [31]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)».

La doctrina científica ha teorizado también sobre esta cuestión, como se ha puesto de manifiesto en alguno de los escritos de las partes promotoras del incidente y en el del Ministerio Fiscal.

Y este Tribunal se había pronunciado ya en ese sentido, declarando la abusividad de condiciones generales por falta de transparencia (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17 de junio) y considerando el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 406/2012, de 18 de junio (a la que las partes demandadas, en sus escritos de oposición a los recursos de casación, han hecho reiteradas menciones), cuya doctrina es reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril.

**4.-** La alegación de que la sentencia cuya nulidad se solicita produce indefensión a las demandadas porque no pueden defenderse en otros litigios individuales o colectivos mientras que otras entidades sí pueden hacerlo, es inconsistente.

Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los términos precisados en la propia sentencia. Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán

de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio.

Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan.

**SÉPTIMO.- Alegación de vulneración de la tutela judicial efectiva por haberse dictado una resolución no fundada en derecho.**

**Valoración de la Sala**

1.- Alegan también las promotoras del incidente de nulidad que este Tribunal ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva porque ha dictado una resolución que no está fundada en derecho, en cuanto que es arbitraria y se desvincula del sistema de fuentes.

Esta vulneración tendría, según alegan, dos aspectos: el sustantivo, en cuanto que el control de transparencia que se argumenta en la sentencia carece de anclaje legal y responde a la mera voluntad arbitraria del tribunal; y el procesal, en cuanto que el Tribunal ha desconocido las exigencias propias del recurso de casación, y ha resuelto sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- En cuanto a la arbitrariedad y desvinculación del sistema de fuentes, no puede por esta vía realizarse una revisión de la fundamentación jurídica de la sentencia porque ello convertiría este incidente en un nuevo recurso ante la jurisdicción ordinaria para el control de la corrección jurídica de la resolución. Tal pretensión no encaja con la

naturaleza y función del incidente de nulidad de actuaciones, apto para controlar únicamente vulneraciones de derechos fundamentales.

La ley configura la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación como irrecurrible. Entrar en este trámite en consideraciones sobre el acierto y la corrección jurídica de la sentencia impugnada supondría vulnerar el derecho de la otra parte al respeto a la intangibilidad de resolución judicial firme que ha obtenido a su favor.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera que el derecho a la tutela judicial efectiva no supone el derecho a obtener una resolución favorable, ni siquiera el derecho al acierto, y que la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal solo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento (STC 127/2013, de 3 de junio, y las citadas en ella).

Baste recordar que la fundamentación de la sentencia cuya nulidad se pide está basada en normas de Derecho interno y de Derecho comunitario, y en la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que son ampliamente citados en la sentencia y razonada su aplicación.

CAJAS RURALES, al oponerse a los recursos de casación, manifestaba que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acoger los dictámenes de los abogados generales, yerran, están integradas por “afirmaciones gratuitas, tremendamente irreflexivas, que causan mucho daño, más próximas al derecho vulgar que al erudito o científico” (página 19). La extensión de la imputación de irrazonabilidad y arbitrariedad no solo a este Tribunal sino también al Tribunal de

Luxemburgo muestra cómo la parte considera arbitrariedad del tribunal lo que simplemente es contrariedad a sus intereses.

**3.-** Relacionada con lo anterior está la alegación que se hace por las promotoras del incidente de que el tribunal “invade” las competencias del poder legislativo y desconoce su sometimiento al imperio de la ley.

El sometimiento al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución no es el sometimiento a lo que consideran las promotoras del incidente se desprende de una Orden Ministerial. Es la vinculación a un sistema jurídico complejo en el que se inserta la Constitución, los tratados internacionales, normas de Derecho interno, muchas de ellas comprensivas de cláusulas generales, y el acervo comunitario integrado por diversos tipos de normas, buena parte de ellas con caracteres de primacía y efecto directo, otras con efecto útil, e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso, no se ha incumplido la Orden Ministerial invocada, de 5 de mayo de 1994, se ha determinado su alcance, referido a lo que se ha denominado “transparencia documental”, y se ha considerado que existe una exigencia ulterior de transparencia, de comprensibilidad real, fundada en las normas y en la jurisprudencia citada en la sentencia.

**4.-** Alegan también las promotoras del incidente que la sentencia vulnera el principio de seguridad jurídica.

Buena parte de las razones en las que se fundamenta la alegada vulneración se refieren a aspectos tales como la incongruencia, la indefensión, la desvinculación del sistema de fuentes, que han sido ya abordados. Nos remitimos a lo razonado en torno a ellos.

En todo caso, la alegación, cargada de subjetividad, carece de trascendencia en tanto no puede reconducirse a la infracción de ninguna

de las garantías establecidas en el art. 24 de la Constitución. En un incidente de nulidad de actuaciones la única medida de enjuiciamiento posible es la integrada por los preceptos de la Constitución que reconocen aquellos derechos fundamentales y libertades públicas, y entre ellos no está el art. 9.3 de la Constitución (SSTC 64/1991, de 22 de marzo, y 132/2005, de 23 de mayo; en similar sentido, SSTC 116/1986, de 8 de octubre, 118/2006, de 24 de abril y 44/2013, de 25 de febrero).

**5.-** En cuanto a que la sentencia no ha respetado las exigencias propias del recurso de casación, ya se ha explicado que el Tribunal ha estimado en parte los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, ha casado la sentencia de la Audiencia Provincial, ha asumido la segunda instancia y ha procedido a resolver los recursos de apelación formulados por las entidades demandadas, con la plenitud de cognición en el aspecto fáctico y jurídico propio de este recurso, sin necesidad por tanto de ajustarnos rigurosamente al resto del contenido de los recursos de casación e infracción procesal. Además, las exigencias derivadas del Derecho comunitario, en concreto de alcanzar el efecto útil de la Directiva sobre cláusulas abusivas, justifica la atenuación de las rigideces propias de dicho recurso.

**6.-** La alegación de falta de respeto a la base fáctica establecida en las sentencias de instancia (se habla de “hechos declarados probados”) tampoco se acepta. Las promotoras del incidente (por ejemplo, págs. 17 y 18 del escrito de BBVA) dan la consideración de cuestiones fácticas a valoraciones jurídicas que han de poder ser revisadas por el tribunal de casación: consideraciones sobre el requisito de la “imposición” de los pactos de limitación de variabilidad, naturaleza y alcance del consentimiento prestado por consumidores en relación a las

cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato en contratos predispuestos por el profesional, trascendencia de los requisitos previstos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, etc.

Asimismo, confunden que haya que respetar los hechos fijados en la instancia para resolver el recurso de casación con que, una vez que se considera que el criterio jurídico de la sentencia impugnada no es correcto y se casa la sentencia, no puedan revisarse los hechos.

En el caso objeto de este incidente, al resolver los recursos de casación el Tribunal ha partido de la base fáctica sentada en la sentencia de la Audiencia Provincial. Pero al casar la sentencia de la Audiencia Provincial y asumir la instancia, el Tribunal ha asumido la función de tribunal de apelación, con plena cognición fáctica y jurídica, sin que por tanto deba atenerse a la base fáctica que pudieran haber sentado los tribunales de instancia.

Se reitera que, en todo caso, el aspecto fáctico tiene un papel muy secundario en un litigio de control abstracto de condiciones generales de la contratación.

Por último, la alegación de que el Tribunal ha introducido por sí misma hechos carentes de base en las actuaciones se ve desmentida por la crítica que alguna de las demandadas realiza a la valoración que el Tribunal ha hecho de la prueba documental de la que resultarían tales hechos (página 28 del escrito de adhesión de NCG).

**7.-** Las promotoras del incidente alegan que sentencia ha impuesto retroactivamente nuevos requisitos de transparencia no previstos en la normativa sectorial, hasta el punto de que CAJAS RURALES afirma que se infringe el principio de irretroactividad “de lo desfavorable” del art. 9.3 de la Constitución.

Esta alegación ignora que, al contrario que el legislador, el modo de actuación de los tribunales, y en concreto del Tribunal Supremo, es reactivo. El tribunal no se plantea qué cuestiones quiere tratar para de este modo establecer una regulación general de las mismas con eficacia hacia el futuro, y, sólo con ciertas condiciones, con eficacia retroactiva, como hace el legislador. Los jueces y tribunales conocen los litigios que se les plantean, sobre hechos o situaciones ya existentes, y la resolución que adoptan ha de tener eficacia respecto de esa situación preexistente. Tal ocurre en el supuesto de autos, en el que sometida a enjuiciamiento la validez de determinadas cláusulas suelo, se han enjuiciado y concluido en su falta de validez por no respetar las exigencias de transparencia de la normativa aplicable y causar con ello un perjuicio a los consumidores que de un modo sorprendente ven convertido un préstamo ofertado con interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, con lo que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

**8.-** Por último, no se incurre en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal ha considerado como cuestión clara (o, cuanto menos, “aclarada”) la relativa al control de las cláusulas abusivas y la función que en él tienen los tribunales de justicia, puesto que es extensa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este particular, que esta Sala ha utilizado al elaborar la sentencia que resuelve los recursos. Como afirma la STC núm. 180/1993, de 31 de mayo, «[...] no procederá que se suscite la cuestión prejudicial cuando el Juez no tenga duda sobre cuál sea la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria [...]».

Se alega que el Tribunal debió plantear la cuestión para dirimir si el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas es procedente en un recurso de casación.

La alegación no puede estimarse. El papel del Tribunal Supremo dentro del sistema judicial del Estado y la determinación de la naturaleza de cada procedimiento o fase del mismo, de sus características y de los límites que suponen para la actuación de los tribunales, son cuestiones de Derecho interno, no de Derecho comunitario que puedan ser objeto de una cuestión prejudicial. El Derecho comunitario obliga al Estado, en el que se integran los órganos del Poder Judicial, y éste debe darle cumplimiento conforme al principio de autonomía institucional y más concretamente conforme al de autonomía procesal interna. La cuestión prejudicial no puede plantearse para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interprete el Derecho interno, que es el que regula tales cuestiones procesales y la función de cada órgano jurisdiccional.

**9.-** Solo ha de tenerse en cuenta, como argumento que refuerza la improcedencia de plantear la cuestión prejudicial, que la jurisprudencia comunitaria ha establecido el llamado “principio de efectividad”, conforme al cual la disposición procesal nacional no puede hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2013, asunto C-32/2012, caso Soledad Duarte Hueros, con cita de la jurisprudencia anterior). En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de

las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino, apartado 55, y de 4 de junio de 2009, caso Pannon GSM, asunto C-243/08, apartado 34). Esto enlaza con la afirmación de la sentencia cuya nulidad se solicita, relativa a la procedencia de atenuar las rigideces del recurso de casación para permitir la consecución del fin útil de la Directiva.

**OCTAVO.- Alegación de incongruencia omisiva por ausencia de pronunciamiento sobre las causas de inadmisión de los recursos.**

1.- En el escrito en que BBVA promueve el incidente de nulidad de actuaciones se denuncia que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva por ausencia de pronunciamiento sobre las causas de inadmisión de los recursos que alegó. Considera que no es suficiente que se dictara auto de 8 de enero de 2013 admitiendo a trámite los recursos extraordinarios, puesto que en dicho auto no se daba respuesta a las alegaciones de las recurridas sobre la inadmisibilidad de los recursos, ni que en la sentencia (apartado 32), con base en lo previsto en los arts. 474, segundo párrafo, y 485, segundo párrafo, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dijera que las causas de inadmisión habían sido rechazadas por el citado auto de 8 de enero de 2013.

2.- CAJAS RURALES no ha realizado alegación relativa a las causas de inadmisión de los recursos que alegó en su escrito de oposición, ni NCG ha hecho referencia alguna en el escrito en que

evacuó el traslado en el incidente de nulidad de actuaciones, pese a haber realizado alegaciones de denuncia de diversas infracciones de garantías del art. 24 de la Constitución.

## **NOVENO.- Valoración de la Sala**

1.- Como cuestiones previas, la denuncia de incongruencia omisiva formulada por BBVA solo puede afectar a las causas de inadmisión que ella alegó. Las demás partes no han objetado el tratamiento que se ha dado a sus alegaciones sobre concurrencia de causas de inadmisión. No obstante, las consideraciones que se realicen respecto de las causas de inadmisión formuladas por BBVA sirven para las formuladas por las demás partes, puesto que son prácticamente coincidentes.

Asimismo, carece de sentido que el Tribunal entre a considerar las causas de inadmisión referidas a aquellos motivos de los recursos (primeros dos motivos de infracción procesal y primer motivo de casación de AUSBANC) que han sido desestimados. La desestimación por motivos de fondo supone un plus de tutela para ambas partes. Supone, asimismo, la ausencia de perjuicio para BBVA, que le impide formular una denuncia de infracción de derechos fundamentales, en concreto el de tutela judicial efectiva, sobre esta base.

Incluso aunque se hubiera inadmitido en un primer momento el primer motivo de casación planteado por AUSBANC, en relación a su legitimación activa, debía haberse dado respuesta al resto de los motivos, por cuanto que también cuestionaba la negación de su legitimación a través de un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

**2.-** Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse “absolutas” (“notorias” las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración.

Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse “absoluta”, como puede ser el carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal. Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como “pretensión autónoma de inadmisibilidad” que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.

**3.-** Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como “absolutas” se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional.

Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo).

En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva.

Este criterio se hace especialmente patente cuando, como ocurre en este proceso y pone de relieve el Ministerio Fiscal en su escrito, existe

un notorio interés casacional, porque notorio es que el tema controvertido, la validez de las llamadas “cláusulas suelo”, está dando lugar a una importante litigiosidad, y notorio es también que este Tribunal no se ha pronunciado con anterioridad sobre la cuestión. El criterio de la notoriedad como justificante de la existencia de interés casacional ya fue admitido en el Acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión para la aplicación de las reformas introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

4.- Atendiendo a estos criterios, en el auto de admisión, al que se remite la sentencia en su apartado 32, se rechazaron de forma implícita las alegaciones relativas a la concurrencia de las causas de inadmisión alegadas en el trámite de personación ante esta Sala, valorando las siguientes circunstancias:

i) Que los escritos de interposición de los recursos cumplían los requisitos mínimos exigibles, pues invocaban la modalidad procedente del recurso de casación y razonaban, de manera indiciaria pero suficiente, la posible existencia de interés casacional desde la perspectiva de sus posiciones en la controversia.

ii) Que las partes recurridas alegaron unas causas de inadmisión que, de un lado, implicaban un formalismo enervante del derecho de tutela efectiva y, de otro lado, implicaban la oposición a tener por acreditado el interés casacional en un caso en el que, como se ha dicho, tal interés es notorio; en ocasiones, sobre argumentos cargados de subjetividad, como la falta de razonamiento del interés casacional o la inadecuación de la jurisprudencia citada, cuya opción por analizarlos en la fase de admisión o en la fase de decisión no puede obedecer a criterios preestablecidos, sino a la naturaleza de la cuestión controvertida.

Este enjuiciamiento se resumió por este Tribunal, según un criterio constante seguido en los recursos en que han sido alegadas causas no absolutas de inadmisión, en la declaración contenida en el auto de admisión por la que se expresa que los recursos cumplen los requisitos necesarios para ser admitidos, y de ahí la remisión que se hace en el apartado 32 de la fundamentación jurídica de la sentencia.

Del mismo modo, los argumentos sobre falta de técnica casacional resultan implícita pero claramente rechazados desde el momento en que la sentencia que resuelve los recursos afronta los problemas jurídicos planteados en los escritos de recurso y les da una respuesta, lo que muestra que los recursos superaron las exigencias mínimas de identificación de determinados problemas jurídicos y alegación de infracciones legales relativos a tales problemas. Y en cuanto al interés casacional del objeto de los recursos de casación, la obviedad y notoriedad del mismo hacía innecesarias especiales consideraciones sobre su concurrencia.

Lo extenso, por farragoso y prolijo, de las alegaciones relativas a las causas de inadmisión no supone que el Tribunal deba extenderse en la justificación de su improcedencia cuando se basan en un formalismo y rigorismo exacerbado y se refieren a causas de las que hemos calificado como “no absolutas”.

**5.-** No obstante entender que en la sentencia hemos dado respuesta adecuada a las alegaciones de inadmisibilidad de los recursos, por las razones que se han expuesto, a efectos de agotar el otorgamiento de tutela judicial efectiva, pueden sintetizarse en esta resolución las razones que hacían obvia la improcedencia de las diferentes causas de inadmisión alegadas.

Es innecesario para ello declarar la nulidad de la sentencia cuestionada, puesto que incluso si se considerara insuficiente la motivación sobre una de las pretensiones, daría lugar al complemento de la sentencia (art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pero no a su nulidad. Se vulneraría el derecho de las partes recurrentes a un proceso sin dilaciones indebidas si se procediera a anular la sentencia a los solos efectos de volver a dictarla incluyendo una motivación más amplia sobre el rechazo de unas causas de inadmisión cuya improcedencia era palmaria. La opción de BBVA y CAJAS RURALES por el trámite del art. 228 en vez del 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo admisible (así lo ha declarado el Tribunal Constitucional), no puede suponer un perjuicio injustificado para quienes han obtenido una sentencia favorable.

**6.- Alegaciones de causas de inadmisibilidad que suponen la aplicación de un formalismo enervante o carecen manifiestamente de fundamento razonable:**

i) Se alegó la causa de inadmisión consistente en no haberse acompañado con el escrito de interposición del Ministerio Fiscal la certificación de la sentencia recurrida, ni el texto de las sentencias de este Tribunal en las que basó el interés casacional, pese a que fue subsanado, aunque BBVA considera que de forma improcedente por su aportación extemporánea.

Esta Sala no otorga a la falta de aportación de la certificación de la sentencia recurrida eficacia enervatoria de la admisión del recurso, sin posibilidad de subsanación (autos de 7 de noviembre de 2009, recurso núm. 345/2009, y de 28 de octubre de 2008, recurso núm. 2110/2005, entre otros), ya que es un requisito que tiene su justificación en la configuración de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que el legislador pretendió establecer inicialmente en la Ley de

Enjuiciamiento Civil, pero no en el régimen provisional vigente de la Disposición Final 16.<sup>a</sup> de dicha ley, en el que ambos recursos se ven por el mismo Tribunal (sea el Tribunal Supremo, sea el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma). Ha de tenerse en cuenta que en las actuaciones hay siempre un testimonio de la sentencia recurrida y que las sentencias citadas para basar el interés casacional son fácilmente accesibles, de modo casi instantáneo, en una base de datos de jurisprudencia.

Otorgar a la falta de aportación de tal certificación y texto de las sentencias la condición de defecto insubsanable e impeditivo del acceso al recurso supondría infringir la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la adecuada ponderación de los defectos procesales que excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 3; 206/1987, de 21 de diciembre; 134/1990, de 19 de julio, FJ 5; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 228/2006, de 17 de julio, FJ 2; 76/2012, de 16 de abril, FJ 3, 155/2012, de 16 de julio, FJ 3; y 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4).

ii) Sobre la causa de inadmisión consistente en no exponerse separada y razonadamente por el Ministerio Fiscal las infracciones legales invocadas en motivos distintos, se trata de un requisito de índole formal dirigido a permitir conocer al Tribunal (y a la parte recurrida para evitar su indefensión) las razones de la impugnación y evitar argumentaciones oscuras que no se ajustan a las exigencias de claridad que se imponen a la hora de formular una pretensión impugnativa. Pero el recurso del Ministerio Fiscal se ajusta a esas exigencias mínimas de claridad, ya que permite conocer las infracciones legales denunciadas, las modalidades de interés casacional alegadas y el fundamento de su

pretensión impugnativa, de modo que las recurridas formularon sus argumentos de oposición y este Tribunal pudo enjuiciar y resolver las vulneraciones alegadas, lo que también supone una desestimación tácita de tal causa de inadmisión.

iii) Se alegó también la causa de inadmisión consistente en fundamentarse el escrito de interposición en infracciones diferentes a las del escrito de preparación.

La necesidad de fijar la pretensión impugnativa en el escrito de preparación no implica que en el escrito de interposición no puedan mencionarse todos los preceptos que se estimen necesarios en apoyo de la infracción alegada, siempre y cuando ello no implique el cambio de la pretensión impugnativa, cambio que no ha tenido lugar en este caso.

iv) Se alegó la causa de inadmisión consistente en plantear una cuestión nueva en casación por la cita de los artículos 87.5 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta alegación es inconsistente, pues las referencias a estos preceptos no implican el planteamiento de una cuestión nueva, sino que forman parte de la argumentación de la tesis del recurrente, por otra parte irrelevante a los efectos de fundamentar una incongruencia omisiva ya que la casación no se ha estimado por la infracción de estos preceptos.

La denuncia de que el Ministerio Fiscal introduce una cuestión nueva al plantear la devolución de las cantidades cobradas no puede fundar la nulidad no solo porque es un tema integrado en la controversia seguida en el proceso sino porque la solución adoptada en la sentencia no supone en este punto gravamen alguno para las promotoras del incidente.

7.- Alegaciones de causas de inadmisibilidad por falta de acreditación suficiente del interés casacional.

i) Se alegó la causa de inadmisión por inexistencia de interés casacional en su modalidad de aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años por tratarse de un texto refundido, así como no haberse manifestado razonadamente la inexistencia de doctrina jurisprudencial sobre norma con menos de cinco años de vigor.

La alegación es irrelevante, pues el Ministerio Fiscal también alega la modalidad de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo que implica la procedencia de admitir el recurso si, como ocurre en el caso, se acredita de forma indiciaria, pero suficiente para la fase de admisión, esa otra modalidad del interés casacional.

Por otra parte, es notoria la inexistencia de jurisprudencia anterior sobre las denominadas "cláusulas suelo".

ii) Se alegó también la causa de inadmisión consistente en no acreditarse en la fase de preparación el interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ya que, según se alega, el Ministerio Fiscal cita sentencias de la Sala sin transcribir el texto, ni exponer cómo se produce la vulneración de su doctrina.

Lo que exige la admisión del recuso por interés casacional, cualquiera que sea la modalidad utilizada, es que la parte ponga de manifiesto ese interés y esta carga se cumple sin necesidad de fórmulas preestablecidas. Debe ser en cada caso este Tribunal la que llegue a la conclusión de si merece ser examinada en sentencia la cuestión planteada, examinando el conjunto alegatorio de la parte. Por esa razón, este Tribunal ha hecho referencia a la notoria existencia de criterios contradictorios entre las Audiencias Provinciales como elemento

constitutivo de interés casacional más allá de los requisitos formales establecidos por el legislador, que por otra parte el Ministerio Fiscal ha cumplido, porque cita las sentencias de este Tribunal en las que pretende basar el interés casacional y, brevemente, indica las razones por las que debe ser tomada en cuenta esa jurisprudencia.

iii) Se alegó la causa de inadmisión consistente en que las sentencias de la Sala que se citan son relativas a la cláusula de redondeo, cuyos criterios no pueden ser aplicados por analogía.

La decisión sobre si las alegaciones del Ministerio Fiscal tienen o no fundamento al pretender la equiparación a los efectos de un análisis jurídico de fondo entre el tratamiento jurisprudencial de las cláusulas de redondeo y las cláusulas suelo no es una cuestión que deba ser examinada en fase de admisión. De forma que si su planteamiento, con el suficiente rigor, como es el caso, permite apreciar que se somete al Tribunal una cuestión jurídica sustantiva relativa al objeto de controversia, con fundamento en que la sentencia recurrida no ha tenido en consideración determinada jurisprudencia de este Tribunal, el recurso debe ser admitido, pues solo en fase de decisión puede darse una respuesta que satisfaga el derecho de tutela efectiva de la parte recurrente.

#### **DÉCIMO.- Costas**

Establecen los art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que

se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.»

Procede condenar a las promotoras del incidente al pago de las costas del mismo al haber sido desestimadas sus solicitudes de nulidad.

## **PARTE DISPOSITIVA**

### **LA SALA ACUERDA:**

**1.-** No ha lugar a declarar la nulidad de actuaciones de la sentencia núm. 241/2013, de nueve de mayo, aclarada por auto el 3 de junio de 2013, dictada por el Pleno de esta Sala, solicitada por la representación de la entidad “CAJAS RURALES UNIDAS, S.C.C.” y por la de la entidad “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.”

**2.-** Se condena a las entidades “CAJAS RURALES UNIDAS, S.C.C.” y “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.” al pago de las costas del incidente.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

