

Id. Cendoj: 28079119912014100017
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Resolución: 464/2014
Fecha de Resolución: 08/09/2014
Nº de Recurso: 1217/2013
Jurisdicción: Civil
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

La Sala estima el recurso de casación. En primer lugar, aplica la jurisprudencia fijada por la STS núm. 241/2013 y califica la denominada cláusula suelo examinada como condición general de la contratación, al reunir los presupuestos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación. En segundo lugar aplica el denominado control de transparencia sobre el marco de la contratación realizada y llega a la conclusión de que el predisponente no ha observado los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. También rechaza que el deber de transparencia quedara acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. La Sala no entra a valorar los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó sobre este extremo. La sentencia de la Sala cuenta con un voto particular en el que se considera, que aplicando la doctrina de la Sala sobre el control de transparencia, las cláusulas suelo correspondientes a dos de los contratos de préstamo hipotecario examinados, no debían ser declaradas abusivas, en la medida en que el tipo nominal aplicable, no resultaba extraño o sorpresivo.

Idioma:

Español

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 464/2014

Fecha Sentencia : 08/09/2014

CASACIÓN

Recurso N° : 1217/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 16/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA, SECCIÓN 1ª

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

Escrito por : RDG

CONSUMIDORES: CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS; CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. CONTROL DE TRANSPARENCIA: CARACTERIZACIÓN Y ALCALCE. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE.

CASACIÓN Num.: 1217/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno

Votación y Fallo: 16/07/2014

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

Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N°: 464/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Justino

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

D. José Luis Calvo Cabello

En la Villa de Madrid, a ocho de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 359/2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 55/2012, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil de Segovia, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María Rosa María y Pemán en nombre y representación de don Victor Manuel, doña Manuela, don Ernesto, doña Amparo, don Maximo, don Carlos Manuel, doña Magdalena, don Camilo y doña Aida, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don José Luis de Miguel López en calidad de recurrente y la procuradora doña Marta Ortega Cortina en nombre y representación de BANKIA en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña María Rosa María y Pemán, en nombre y representación de don Victor Manuel y doña Manuela, don Ernesto, doña Amparo, don Maximo, don Carlos Manuel, doña Mercedes, doña Magdalena, don Camilo y doña Aida interpuso demanda de juicio ordinario, contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia (Caja Segovia) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...1. Que se DECLARE la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, las estipulaciones contenidas en los préstamos/créditos hipotecarios celebrados con los demandantes que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

2. Que se CONDENE a la demandada a eliminar dichas cláusulas de los contratos de préstamo/crédito hipotecario suscritos con los demandantes.

3. Que se CONDENE a la demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo/crédito la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo/crédito hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo/crédito.

4. Y que se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento."

2.- La procuradora doña María Aránzazu Aprell Lasagabaster, en nombre y representación de BANKIA, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...desestime íntegramente la demanda presentada por Victor Manuel y otros, frente a BANKIA, S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Magistrado- Juez del Juzgado Mercantil, dictó sentencia con fecha 21 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "... Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora D^a. María Rosa María y Pemán, en nombre y representación de Victor Manuel y Manuela , Ernesto , Amparo , Maximo , Carlos Manuel , Mercedes , Magdalena , Camilo y Aida , Jose Carlos , contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia (Caja Segovia) y declaro la nulidad de la cláusula que establece, como límite mínimo del tipo de interés variable pactado, contenida en los contratos de préstamo suscritos por las partes reflejados en el hecho tercero de esta resolución y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula de los mencionados contratos. No ha lugar a condenar a la demandada al pago de cantidad alguna a los demandantes.

No hay expresa condena en costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Victor Manuel , la Sección de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1^a, dictó sentencia con fecha 28 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que estimando recurso de apelación interpuesto a nombre de la entidad Bankia, S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil de Segovia en fecha 21 de septiembre de 2012, en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Imponemos a los actores las costas de la primera Instancia y no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Victor Manuel y otros 8 más, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción del artículo 216 de la LEC y 217 LEC y artículo 82.2 Texto Refundido de la LGDCU . Segundo.- Errónea valoración de la prueba. Tercero.- Infracción artículo 1 LCGC.

Cuarto.- Infracción artículos 80 y 82 LGDCU .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de febrero de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. La procuradora doña Marta Ortega Cortina, en nombre y representación de BANKIA, S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 16 de julio del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **1.** El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación del control de transparencia a una cláusula predispuesta por la que se limita la variación a la baja de los tipos de interés en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca (la denominada "cláusula suelo"); todo ello con fundamento en la legislación especial sobre condiciones generales de la contratación y protección de los consumidores en atención a la inadecuada información al respecto, a su incidencia en la correcta definición del contrato celebrado y al desequilibrio contractual generado.

2. - En el ámbito de los antecedentes fácticos se destaca que la cláusula cuya validez se cuestiona tiene una similar redacción en los contratos sujetos a examen: [No obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los "periodos de interés" siguientes al inicial del % anual, de forma que, si del procedimiento de revisión descrito en los apartados anteriores para un "periodo de interés determinado" resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar este tipo mínimo durante dicho periodo de interés].

Esta estipulación se incluye en todos los contratos litigiosos, sin resaltar su singularidad o especificidad, dentro de una cláusula más amplia y extensa que regula el interés variable -cláusula 3 bis de los contratos de préstamo constituyendo esta estipulación su apartado cuarto-.

En concreto, en la escritura de préstamo hipotecario de los actores D. Victor Manuel y D^a Manuela . -documento n°12 de la demanda-, se establece un tipo mínimo, suelo, del 2,90% sin que en la redacción de la estipulación -cuarta de la cláusula 3°bis- se destaque nada, en orden a sus caracteres gráficos.

En las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria y posterior novación de D. Ernesto - documentos n°14 y 15 de la demanda -se establece un tipo mínimo del 3.45% y únicamente aparece resaltado el concreto tipo en letra negrita. Se acompaña oferta vinculante -documento n°16 de la demanda- e n el recuadro 3 bis de esta oferta, referido al tipo de interés variable, se hace una genérica alusión al tipo mínimo 3,450% anual.

En la escritura de préstamo hipotecario (segunda hipoteca) de D^a Amparo - documento n°17 de la demanda- se establece un tipo mínimo del 3% y el concreto tipo aparece destacado en letra negrita.

En la escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario de D. Maximo , - documento n°20 de la demanda-, se establece un tip o mínimo del 3,25%, e igualmente se destaca en negrita el tipo concreto.

En la escritura de préstamo hipotecario de D. Carlos Manuel -documento n°21 de la demanda- se establece un tipo mínimo del 3,25 y el tipo concreto aparece redactado en letra mayúscula

En las ofertas vinculantes de los préstamos de D^a Mercedes , se refleja en el recuadro 3 bis referido al tipo de interés variable como una parte más del mismo un tipo mínimo del 2,85% anual (documentos n°23 y 24 de la demanda)

En la escritura de préstamo hipotecario de D^a Magdalena -documento n°25 de la demanda- se establece un tipo mínimo del 3 % y el tipo concreto se destaca en letra negrita.

En las escrituras de préstamo hipotecario de D. Camilo Y D^a Aida - documentos n°26 y 27 de la demanda- se establece respectivamente un tipo mínimo del 2.75% y otro del 3,45%, destacando los concretos tipos en letra negrita.

En los préstamos objeto de análisis, a excepción de los casos de D. Maximo y de D. Camilo y D^a Aida , se realizaron ofertas vinculantes. En este documento en el apartado tres bis y junto a otros datos aparece genéricamente un tipo mínimo anual - documentos n°1 al 7 del escrito de contestación a la demanda-.

3 .- El procedimiento que ha dado origen a este recurso se inició por una demanda en la que se acumularon ocho acciones de nulidad individual de la denominada cláusula suelo inserta en préstamos con garantía hipotecaria.

En la demanda, en síntesis, se alega que las entidades bancarias, entre ellas la aquí demandada, conocían la evolución de los tipos de interés y también preveían la evolución cíclica del Euribor, índice de referencia más frecuente en los préstamos con interés variable.

En relación a la concreta configuración contractual de la cláusula, se argumenta que tiene el mismo tenor literal y localización en todas las escrituras públicas suscritas por los demandantes. En concreto, se aduce que estas cláusulas se incluyen como un mero añadido dentro la cláusula "tipo de interés variable" y se redacta siempre en el mismo tipo de letra que las cláusulas que le rodean sin que habitualmente conste en letra más grande, subrayada o en negrita, de manera que pasa totalmente desapercibida, cuando, debido a su importancia, en cuanto transforman la naturaleza propia de una operación hipotecaria a interés variable, se le debió dedicar un cláusula específica, redactada en tamaño mayor y destacada empleando las negritas y el subrayado.

También se aduce que la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones precontractuales, que se limitaron a la determinación del importe a prestar, las condiciones financieras referidas a comisiones y el tipo de interés a aplicar. En esta línea, en la publicidad ofrecida por la entidad financiera tampoco se reflejaba la existencia de este tipo de cláusulas. El folleto se limitaba a destacar el tipo de interés y el referencial aplicable.

En la fundamentación jurídica de la demanda se alude al carácter de condición general de contratación de las cláusulas, la inadecuada información sobre las mismas al no haberse reflejado su existencia en los folletos publicitarios y también la calificación errónea del contrato dado que no es un contrato de préstamo a interés variable sino que, por el efecto de la cláusula, se trataría de un contrato de préstamo a interés mixto o compuesto. Por último, se afirma que esta cláusula entraña un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Con el planteamiento expuesto, en el suplico de la demanda se interesa que se

declare la nulidad, por abusivas, de las estipulaciones contenidas en los préstamos/créditos hipotecarios celebrados con los demandantes que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia; que se condene a la entidad demandada a eliminar dichas cláusulas de los contratos de préstamo/crédito hipotecario suscritos con los demandantes y, por último, la condena a la demandada a la devolución a los demandantes de la cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo/crédito la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización de préstamo/crédito hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo/crédito.

En el escrito de contestación de la entidad "Bankia" se niega el carácter impuesto de las cláusulas. Se niega, también, la previsibilidad que se imputa a la entidad bancaria sobre el dato de la caída de los tipos de interés, que, en contra de lo sostenido por el demandante, se liga a un acontecimiento imprevisto como fue la quiebra de la entidad "Lehmann Brothers".

En otro orden de cosas, se afirma que existió información acerca de las condiciones económicas de las operaciones. Las escrituras fueron leídas por los notarios y los actores fueron advertidos de la posibilidad de su lectura. Consta la existencia de una oferta vinculante, salvo en los casos en los que por razón de su cuantía no era legalmente precisa su entrega -contratos de D. Maximo y de D. Camilo y D^a Aida -. En los supuestos en los que no se entregó el folleto, el tipo mínimo se destacó en negrita o en negrita y subrayado. Defiende la validez y legitimidad de estas cláusulas de limitación del tipo de interés.

En la fundamentación jurídica de este escrito de contestación, se sostiene la legalidad de las cláusulas y se rechaza su carácter abusivo. En primer lugar porque no se trata de condiciones generales de la contratación. No son cláusulas predispuestas al seguir el proceso marcado por la Orden Ministerial del año 1994, en relación al iter negocial precontractual integrado. Además, se trata de condiciones esenciales de los contratos hipotecarios al formar parte del interés pactado y por tanto del precio del contrato de financiación, lo que excluiría el control de abusividad. En cualquier caso, se niega la existencia de desequilibrio, en primer lugar porque no tienen por qué guardar una relación de proporción con las cláusulas techo y, en segundo lugar, al no suponer un desequilibrio de obligaciones y derechos de las partes ya que su concreta fijación se condiciona a contraprestaciones en forma de disminución del tipo de interés, diferenciales, disminución o supresión de comisiones etc, que favorecen al prestatario. Se rechaza, igualmente, el requisito de la existencia de mala fe en su fijación contractual.

La sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Como primera premisa, declara que la cláusula objeto de análisis es una condición general de la contratación. Argumenta que la parte demandada no ha acreditado que las cláusulas fuesen resultado de una negociación.

El juez de Primera Instancia considera abusiva la cláusula no en sí misma ni por la cuantía fijada, sino por la existencia de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer una cláusula techo que proteja al consumidor de las

subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo.

En relación a la condena económica derivada del efecto de la nulidad, la resolución no accede a la petición de la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula más los intereses legales, al no ajustarse la solicitud al artículo 219 LEC, en orden a los parámetros de concreción en ejecución de sentencia.

La sentencia de Apelación revocó la sentencia de Primera Instancia y rechazó el carácter abusivo de la cláusula en razón a los siguientes argumentos:

-En primer lugar, tras el examen de las diferentes escrituras públicas, no advierte la existencia de un déficit de información que pudiese dificultar la prestación del consentimiento de los actores y provocar el desconocimiento del significado real de las cláusulas.

Aunque no se destacó la cláusula suelo como cláusula específica, sí que en negrita se señalan los tipos de interés que debían operar a lo largo de la vida del préstamo lo que, sin duda, permitía fijarse en el tipo de interés que como mínimo (cláusula suelo) debería abonar siempre el prestatario. Estima "*difícilmente imaginable*" que nadie firme un préstamo sin comprobar ese elemento esencial del contrato que además tiene una plasmación sencilla. Argumenta que no es cierto que se omitiesen las advertencias de la OM de 5 de mayo de 1994, pues aparecen en la mayor parte de las escrituras públicas y en alguna de las ofertas vinculantes.

-Sobre los conocimientos y la previsibilidad por la entidad bancaria de la bajada de tipos, no existe prueba alguna en las actuaciones, más bien los indicios conducían a la conclusión contraria: que la entidad bancaria no preveía la brusca caída de los tipos.

-Se afirma que el hecho de que una cláusula esté predispuesta no equivale a que sea impuesta y, en el supuesto que analiza la sentencia, constituye un sólido indicio de que sí se produjo esa negociación la diversidad de tipos mínimos que se recogen en cada una de las escrituras públicas. De haberse producido esa imposición que predica la resolución de Primera Instancia, en todos los contratos hubiese figurado el mismo tipo de interés para todas las cláusulas suelo.

-Respecto al concreto juicio de abusividad, se declara que las cláusulas suelo no constituyen por sí mismas una práctica ilegal pues estaban autorizadas por la OM de 5 de mayo de 1994. La conclusión obtenida por la sentencia de Primera Instancia del carácter abusivo de la cláusula por no establecer límites máximos al tipo de interés, no rompe el equilibrio de las prestaciones, habida cuenta que en todos los contratos figura pactado un tipo de interés diferencial no superior al 0,90 %, que equilibraba las prestaciones de las partes para no incrementar el coste de la financiación.

-No existe prueba de que la cláusula suelo fuese una cláusula establecida exclusivamente en beneficio de la entidad financiera y que perjudicase sólo al cliente, ni que la entidad financiera conociese la tendencia desproporcionadamente bajista de la evolución de los tipos y ocultase esa información en exclusivo beneficio propio, al establecer las cláusulas suelo por encima de los tipos que se preveía que bajasen pues en las previsiones del año 2008, que reseña la propia parte actora, los tipos de interés se encontraban por encima de los tipos mínimos pactados.

Recurso de casación.

Consumidores: condiciones generales abusivas; cláusula suelo en los préstamos hipotecarios. Control de transparencia: caracterización y alcance. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO .- 1. El recurso de casación interpuesto por los demandantes, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , se estructura en cuatro motivos de los que se admiten los dos últimos.

En el motivo tercero se denuncia la infracción del artículo 1 LCGC, en orden a la consideración de la cláusula suelo como una condición general de contratación.

En el motivo cuarto se denuncia la infracción de los artículos 80 y 82 TR-LGDCU de 2007 y del artículo 8.2 LCGC. El motivo se basa en la ausencia de reciprocidad que compense la limitación derivada de la cláusula suelo y la ausencia de buena fe en el comportamiento de la entidad bancaria, que se concreta en la ocultación de la existencia de estas limitaciones a la variación de los tipos en la fase precontractual.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

Valoración de la cláusula suelo como condición general de la contratación.

2. La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones: "-párrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

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

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

"-Párrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de

escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

La doctrina jurisprudencial así expuesta, referida precisamente a la valoración seriada de la denominada cláusula suelo, resulta plenamente aplicable al presente caso. En este sentido, el planteamiento alegado por la parte aquí recurrida que, partiendo de la licitud de la cláusula suelo a tenor de la Orden Ministerial, de 5 de mayo de 1994, concluye que la tramitación administrativa prevista a tal efecto excluye el carácter no negociado (o impuesto) de dichas cláusulas al garantizar la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario, debe de ser rechazado. En efecto, esta conclusión no solo se apoya en lo ya dicho por la Sentencia citada a propósito de que el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial no excluye la naturaleza de condición general de la cláusula predispuesta, sino, sobre todo, porque dicho planteamiento conduce a una consecuencia del todo incompatible con la legalidad vigente: que la regulación sectorial, de naturaleza administrativa, impida la aplicación normativa de la legislación sustantiva en la materia desnaturalizando, de esta forma, el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe de ser aplicado o contrastado en sede judicial. Criterio de subordinación que la propia Orden establece en su articulado (artículo 2) y que ha sido expresamente declarado por la jurisprudencia de esta Sala, Sentencia de 2 de marzo de 2011 .

Por otra parte, tampoco puede ser compartida la valoración determinante que la sentencia de la Audiencia realiza sobre la diversidad de los tipos mínimos aplicados, para excluir el carácter de condición general de las cláusulas suelo, pues conforme a la doctrina expuesta, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta.

3. Cuestión previa . En relación al segundo motivo planteado, y en orden a la fundamentación técnica del control de transparencia que a continuación se expone, debe señalarse que esta Sala, con la debida moderación del rigorismo procedimental aplicable a esta materia, considera pertinente su examen a tenor de la demanda de solicitud de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo. En efecto, como resulta del estudio de las distintas fases del proceso, las alegaciones realizadas en la demanda en orden a la configuración de la cláusula en los concretos casos, su impacto en la adecuada calificación de los mismos y la consecuencia de información precontractual precisa sobre la existencia de la cláusula, pone de manifiesto que la falta de conocimiento real del alcance de dicho clausulado, germen del principio de transparencia real, ha constituido uno de los ejes sustanciales del objeto del presente proceso, de su debate contradictorio y de su oportuna consideración por ambas instancias; de forma que su enjuiciamiento a tenor del recurso de casación interpuesto (artículos 80 y 82 TRLGDCU) no supone modificación sustancial del proceso que provoque indefensión alguna.

Con mayor detalle, en la demanda se argumentó que estas cláusulas se incluyeron como un mero añadido dentro la cláusula "tipo de interés variable" y se redactaron siempre en el mismo tipo de letra que las cláusulas que le rodean sin que constaren en letra más grande, subrayada o en negrita, de manera que pasaron totalmente

desapercibidas, cuando, debido a su importancia, en cuanto transforman la naturaleza propia de una operación hipotecaria a interés variable, se le debió dedicar un cláusula específica, redactada en tamaño mayor y destacada empleando las negritas y el subrayado. También se argumentó que la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones, que se limitaron a la determinación del importe a prestar, las condiciones financieras referidas a comisiones y el tipo de interés a aplicar. En esta línea, se alegó que en la publicidad ofrecida por la entidad financiera tampoco se reflejó la existencia de este tipo de cláusulas, el folleto se limitaba a destacar el tipo de interés y el referencial aplicable. Por último, en la fundamentación jurídica de la demanda se aludió a la calificación errónea del contrato dado que no sería un contrato de préstamo a interés variable sino que, por el efecto de la cláusula, se trataría de un contrato de préstamo a interés mixto o compuesto.

En la contestación a la demanda se adujo, en defensa frente a lo invocado en la demanda, que existió información acerca de las condiciones económicas de las operaciones. Así, las escrituras fueron leídas por los notarios y los actores fueron advertidos de la posibilidad de su lectura. Constaba la existencia de una oferta vinculante salvo en los casos en los que por razón de su cuantía no era legalmente precisa su entrega y en los supuestos en los que no se entregó el folleto, el tipo mínimo se destacó en negrita o en negrita y subrayado. En este contexto alegatorio, la sentencia dictada en apelación no advirtió de la existencia de un déficit de información que pudiese dificultar la prestación del consentimiento de los actores y provocar el desconocimiento del significado real de las cláusulas y afirmó que, aunque no se destacó la cláusula suelo como cláusula específica, sí que en negrita se señalaron los tipos de interés que debían operar a lo largo de la vida del préstamo lo que, sin duda, permitía fijarse en el tipo de interés que como mínimo (cláusula suelo) debería abonar siempre el prestatario. Por último, estimó "difícilmente imaginable" que nadie firme un préstamo sin comprobar ese elemento esencial del contrato que además tenía una plasmación sencilla.

Control de transparencia: caracterización y alcance. Doctrina jurisprudencial aplicable.

4. Contexto interpretativo. El desenvolvimiento de las Directrices de orden público económico.

En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación.

En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012 , núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 , de 17 y 18 de enero de 2013 , núms. 820/2012 y 822/2012 , respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014 , entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el

desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación.

5. Su calificación como propio y diferenciado modo de la contratación .

En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012 , ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013 , como por las resoluciones mas recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014).

6. Caracterización del control de transparencia . En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. Fundamento , De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y

régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suplente la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance . Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, 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"*.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

9. La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación del motivo planteado. En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si, conforme a la naturaleza y caracterización que se ha realizado del control de transparencia, el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido, atendido el marco de la contratación realizado, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la

denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.

Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, 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 ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 .

10. Por otra parte, también conviene indicar que esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen jurídico aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando, por tanto, firme.

TERCERO .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos examinados comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. En relación a las costas de apelación, esta Sala reconoce la existencia de dudas de derecho con relación al problema litigioso en el momento en que se dictó la sentencia de apelación, dudas que se evidenciaban por la existencia de una jurisprudencia no uniforme en la materia. Esta apreciación conlleva la no imposición de las costas de apelación en aplicación del artículo 398 LEC , en relación con el artículo 394.1 del mismo Cuerpo legal .

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Victor Manuel , D^a Manuela , D. Ernesto , D^a Amparo , D. Maximo D. Carlos Manuel , D^a Magdalena D. Camilo y D^a Aida contra la sentencia dictada, con fecha 28 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1^a, en el rollo de apelación n^o 359/2012 , que casamos y revocamos, y, en su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n^o 2 y Mercantil de Segovia, de 21 de septiembre de 2012 , dimanante del juicio ordinario n^o 55/2012.

2. No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación ni de las del recurso de casación interpuesto.

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 Justino Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena Sebastián Sastre Papiol Eduardo Baena RuizXavier O' Callaghan Muñoz José Luis Calvo Cabello

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA:08/09/2014

Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. IgnacioSancho Gargallo a la Sentencia 464/2014, de 8 de septiembre de 2014 (recurso núm. 1217/2013).

1. Mi disidencia respecto del parecer de la mayoría no radica en que pueda practicarse el control de transparencia en este caso, sino en cómo se ha realizado.

2. El control de transparencia tal y como ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, primero en un razonamiento *obiter dicta* en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , y después en una argumentación *ratio decidendi* en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , según el cual el control de contenido no puede referirse " 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 ". Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

Este 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" (SSTS 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo).

Como ya advertimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , que en el curso de una acción colectiva de cesación apreció el carácter abusivo de las cláusulas suelo enjuiciadas por falta de transparencia, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. Para el consumidor, el precio del crédito estaría constituido por el diferencial aplicable al tipo de referencia variable.

3. Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

Pero, como recuerda la reciente Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13

), "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" (ap. 71), sino que "esa exigencia debe entenderse de manera extensiva" (ap. 72). En el caso al que se refería la STJUE, en que la cláusula controvertida contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, el TJUE concluye que "la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible 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" (ap. 73).

4. Si proyectamos esta doctrina a nuestro caso, en que las cláusulas controvertidas, en el contexto de unos préstamos con interés variable, referenciado al euribor con un diferencial, introducen un suelo o límite por debajo en caso de bajada de los tipos de interés, la exigencia de transparencia iría más allá de que la redacción de la cláusula fuera clara y comprensible para el consumidor, y alcanzaría a que éste pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo, esto es, que pudiera ser consciente de que el interés del préstamo era variable pero con un límite por debajo, de tal forma que nunca sería inferior a uno determinado.

Es lógico que para ello influya no sólo la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual.

5. No hay duda, pues así se reconoce en la sentencia de la mayoría, de la claridad y comprensibilidad de la cláusula, cuyo tenor literal, es el siguiente:

"No obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo de los 'periodos de interés' siguientes al inicial del 2,75% nominal anual, de forma que, si del procedimiento de revisión en los apartados anteriores para un 'un periodo de interés determinado' resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar este tipo mínimo durante dicho periodo de interés".

La redacción es similar, si no idéntica, en todos los casos enjuiciados en el presente procedimiento. Lo único que cambia es el tipo de interés mínimo, que en otros casos eran del 2,85%; 2,90%; 3,00%; 3,25% ó 3,45%.

La ubicación de la cláusula dentro del contrato siempre es la misma, en la estipulación TRES BIS, que lleva por rúbrica "TIPOS DE INTERÉS VARIABLE", en el apartado 4, después de que en los anteriores apartados se exponga cómo se calcula el interés nominal del préstamo, en cada 'periodo de interés', "mediante la aplicación del "INDICE DE REFERENCIA" al que se incrementará un margen que se mantendrá fijo durante toda la vida del préstamo y que se establece en 0,75 puntos". En la mayoría de los casos, tanto el diferencial como el tipo de interés mínimo aparecen en negrita.

De este modo, no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una

cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado.

6. Por otra parte, que en el marco de un contrato con interés variable se pacte, además de un diferencial aplicable al índice de referencia, un tipo de interés mínimo no es, en si mismo, algo extraño o sorpresivo, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor pueda comprender "las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (expresión empleada por la reseñada STJUE de 30 de abril de 2014).

El plano más general o abstracto en el que se mueve este enjuiciamiento del control de transparencia, distinto como hemos advertido del enjuiciamiento concreto del error vicio en el consentimiento, nos permite realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocer que el interés del préstamo era variable, cuál era el índice de referencia y el diferencial aplicable, y, lo que ahora interesa, que en ningún caso el interés nominal así calculado sería inferior a un determinado tipo de interés mínimo.

En la contratación bancaria, hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyo entendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, "no fácil" para un consumidor. Pero que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorpresivo después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas.

Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007, concertado con Ernesto , y de 2008, concertado con Mercedes , después de más de cuatro y cinco años, respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante es extremadamente clara. En la primera página, de forma esquemática, se muestran los elementos esenciales del contrato (el capital y la forma de entrega, la amortización y los intereses), sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso.

En esta primera página de la oferta vinculante, se indica: " **Tipo nominal aplicable:** índice de referencia+Margen" Y al lado: "Tipo Mínimo 3,45%", en un caso, y, en el otro, "Tipo Mínimo 2,85%".

De este modo, entiendo que para un consumidor, en mayo de 2007 y en mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor "las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

7. La consecuencia de todo lo anterior es que, según mi parecer, las cláusulas suelo correspondientes a los dos contratos de préstamo hipotecarios reseñados, aplicando la doctrina de la Sala sobre el control de transparencia, no debían ser declaradas abusivas.

Ignacio Sancho Gargallo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, 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.