

Id. Cendoj: 28079110012015100275
ECLI: ES:TS:2015:2207
ROJ: STS 2207/2015
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución: 222/2015
Fecha de Resolución: 29/04/2015
Nº de Recurso: 1072/2013
Jurisdicción: Civil
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Consumidores y usuarios. Nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación contenida en contrato de préstamo a interés variable con garantía hipotecaria suscrito. Cláusula suelo. Recurso de casación. El carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios concertados con consumidores. Requisitos. La existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores. Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas. El control de abusividad de la cláusula suelo. La cláusula suelo es abusiva por falta de transparencia. Las consecuencias de la declaración de nulidad por abusividad. Recurso extraordinario por infracción procesal. Inexistencia de infracción de la prohibición de "mutatio libelli". Para que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas contractuales predispuestas, impuestas en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. Motivación de la sentencia. Valoración de la prueba. La carga de la prueba. Voto particular.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación núm. 1072/2013, interpuesto por el procurador D. Francisco Soltero Godoy, bajo la asistencia de letrada de D. Manuel Olivencia Ruiz, en nombre de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", entidad representada ante esta Sala por la procuradora D.^a Ana

Llorens Pardo, contra la sentencia núm. 32/2013, de 26 de febrero, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, en el rollo de apelación núm. 23/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 318/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz. Ha sido recurrida D.^a Adelaida , representada ante esta Sala por la procuradora D.^a María José Rodríguez Teijeiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO.- El procurador de D.^a Adelaida presentó con fecha 28 de diciembre de 2011, ante el Decanato de los Juzgados de Badajoz, demanda de juicio ordinario contra la "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", que tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 1, donde fue registrada como procedimiento ordinario núm. 318/2011, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicó al Juzgado: *«Que por presentado este escrito, documentos que se acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo, me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento de Doña Adelaida , de las circunstancias expresadas, ordenando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación, y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y, previos los trámites procesales que son de ley, dicte en su día Sentencia estableciendo los siguientes extremos:*

1. Declare la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda, es decir, de la cláusula 3. Bis 3 del contrato de préstamo a interés variable de fecha 29 de junio de 2006, que establece un tipo mínimo de referencia y cuya redacción literal es:

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

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al dos con veinticinco (2,25) por ciento, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince (15) por ciento nominal anual.-

2. Condene a la entidad financiera BBVA a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario a interés variable objeto de la presente demanda.

3. Condene a BBVA al cálculo y posterior devolución de los intereses cobrados en exceso por la aplicación de referida cláusula de tipo mínimo de referencia, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.»

4. [3.] Condene a BBVA a reintegrar a la actora todas aquellas cantidades que ésta pague durante la sustanciación del procedimiento en virtud de la aplicación de la cláusula impugnada, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

5. [4.] *Condene a BBVA a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula de tipo mínimo de referencia, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable de Doña Adelaida , objeto de esta demanda, que regirán en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.*

6. [5.] *Condene a la entidad demandada a abonar el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 476 LEC .*

7. [6.] *Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.»*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, quien presentó escrito de oposición, que terminaba suplicando: *«dicte sentencia por la que se desestime íntegramente, con imposición de las costas causadas a la parte actora.»*

TERCERO.- Con posterioridad a dar por terminada la audiencia previa, el procurador de la demandante presentó escrito, en aplicación de lo previsto en el artículo 270, en relación con el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al que adjuntó sentencia dictada con fecha 24 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Cáceres . Previa suspensión del curso del procedimiento, la Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil núm. NUM000 de DIRECCION000 , se abstuvo y ordenó remitir las actuaciones a la Magistrada-Juez en funciones de sustitución reglamentaria, quien dio traslado a la demandada, para alegaciones, del documento presentado de contrario, y comunicó a las partes que, visto el contenido de la audiencia previa, salvo que alegasen lo contrario, quedarían los autos directamente para dictar sentencia. La procuradora de la demandante presentó las alegaciones que tuvo por convenientes.

CUARTO.- Tras seguir los trámites oportunos, la Magistrada- Juez en funciones de sustitución reglamentaria dictó la sentencia núm. 129/2012, de 13 de julio , con el siguiente fallo: *«Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fernández de Arévalo Romero, en nombre y representación de D^a. Adelaida , frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), representada por la Procuradora Sra. López Sosa, absuelvo a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) de la pretensión deducida frente a ella.*

No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causada por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- La demandante presentó, con fecha 19 de septiembre de 2012, escrito interponiendo recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y solicitó al Juzgado: *«[...] eleve los autos a la Sala a fin de que dicte ésta Sentencia por la que se revoque la dictada en la instancia y estime íntegramente los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda iniciadora del procedimiento.»*

SEXTO.- Con fecha 21 de septiembre de 2012, el procurador de la apelante presentó escrito al que adjuntaba copia de la sentencia 368/2012, de 13 de septiembre dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante , que le había sido notificada con fecha 20 de septiembre.

El procurador de la apelante, presentó con fecha 5 de octubre de 2012, otro escrito

mediante el que aportaba la sentencia 230/2012, de 12 de septiembre, de la sección primera de la Audiencia Provincial de Toledo .

SÉPTIMO.- La parte apelada presentó ante el Juzgado escrito de oposición al recurso interpuesto de adverso, en el que suplicó a la Sala: *«[...] dicte sentencia por la que, desestimando el recurso de apelación presentado de contrario y estimando la oposición formulada por esta parte, se confirmen íntegramente los pronunciamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz de 13 de julio de 2012 .»*

OCTAVO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, que lo tramitó con el núm. 23/2013 , quien, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 32/2013, de 26 de febrero , cuyo fallo disponía: *«Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Adelaida , frente a la Sentencia de fecha 13 de julio de 2013, dictada por el Juzgado Mercantil n^o 1 de Badajoz, en el Procedimiento Ordinario , Autos n^o 318/2011, Recurso n^o 23/13 y, en consecuencia debemos revocar y revocamos la meritada resolución, declarando la nulidad, por tener carácter de abusiva, de la Cláusula 3. bis 3 del contrato de préstamo variable de fecha 29 de junio de 2006, condenando a la entidad bancaria BBVA al cálculo y posterior devolución de los intereses cobrados en exceso por aplicación de la referida cláusula, con los intereses legales correspondientes, desde la fecha del cobro, así como a reintegrar las cantidades satisfechas por la actora durante la sustanciación del presente procedimiento, en virtud de la aplicación de la misma, con los intereses legales correspondientes, desde la fecha del cobro, así como, consecuencia, a recalcular, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 de L.E.C . No procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de ambas instancias, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»*

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

NOVENO.- La entidad apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, que fundamentó en los motivos que a continuación se transcriben:

» Primero.- Al amparo de los arts. 2^o y 4^o del art. 469 LEC . Infracción de los arts. 412 y 399.1 LEC , en relación con el art. 218.1 LEC y el art. 24 CE , sobre la interdicción de la mutatio libelli.

» Segundo.- Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ; Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia contenidas en los arts. 218 , 319 y 348 LEC , al no incidir la motivación de la sentencia en todos los elementos fácticos del pleito, ni considerados individualmente ni en su conjunto, y no ajustarse a las reglas de la lógica y la razón en la apreciación y valoración de la prueba practicada.

» Tercero.- Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ; Infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de la prueba contenidas en los arts. 217 LEC y 82.2 TRLGDCU, y el art. 24 CE , al invertir indebidamente la carga de la prueba en perjuicio de la demandada.»

Asimismo, formalizó recurso de casación con base en los siguientes motivos:

» *Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC .- Infracción de los artículos 1 y 4 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y de los artículos 4 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo , de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso en relación con la aplicación de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y la calificación de la cláusula suelo como condición general de la contratación.*

» *Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC .- Infracción de las normas contenidas en los artículos 82 y 87 TRLGDCU, el art. 38 CE , el art. 315 Código de Comercio , y en las órdenes ministeriales de diciembre de 1989 y de 5 de mayo de 1994, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.»*

DÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personada únicamente la recurrente, se dictó auto de 11 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva disponía: *«La Sala acuerda:*

» *1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A." contra la sentencia dictada, el día 26 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Badajoz (sección 3ª), en el rollo de apelación n.º 23/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 318/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz.*

» *2º) Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la votación y fallo de los recursos interpuestos.»*

UNDÉCIMO.- La procuradora D.ª María José Rodríguez Teijeiro presentó ante el Registro General de este Tribunal, con fecha 16 de mayo de 2014, escrito mediante el que suplicaba : *«[...] tenerme por personado en tiempo y forma en nombre de mi mandante Adelaida , acordando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias en concepto de recurrida..»*

DUODÉCIMO.- Se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso, previa votación y fallo del mismo, señalándose el día 8 de abril de 2015 para que éstos tuvieran lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- Dª Adelaida interpuso una demanda contra la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." (en lo sucesivo, BBVA) en la que solicitaba, resumidamente, que se declarara la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación contenida en el contrato de préstamo a interés variable con garantía hipotecaria suscrito por las partes, que establecía un tipo mínimo (en lo sucesivo se le denominará como "cláusula suelo") y se condenara a BBVA a eliminarla del contrato, así como a devolver las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula.

2.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la demanda por considerar « *desde un punto de vista dialéctico* » que la demandante conoció y consintió la existencia de dicha cláusula, que las cláusulas suelo son en principio válidas sin perjuicio de que sean anulables por vicios del consentimiento, y que la cláusula no podía considerarse abusiva por falta de reciprocidad.

3.- La demandante interpuso recurso de apelación en el que, como cuestiones más relevantes, negó que hubiera tenido conocimiento de la citada cláusula y de los efectos económicos que la misma llevaba aparejados, afirmó el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo cuya nulidad solicitaba, susceptible de ser declarada nula por abusiva, y razonó que la misma era abusiva por provocar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en contra de la buena fe y en beneficio exclusivo de BBVA.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso. Recogió en su primer fundamento de derecho las alegaciones de la recurrente relativas a su falta de conocimiento de la inclusión y efectos de la cláusula suelo y al desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que la misma suponía, y consideró que la misma era nula por falta de equilibrio y proporcionalidad, pues BBVA sabía, desde que predispuso la cláusula suelo, que la misma entraría en funcionamiento sin duda alguna, y revistió de falso ropaje recíproco dicha cláusula con el establecimiento de un "techo" completamente irreal. Por ello revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y estimó plenamente la demanda.

5.- BBVA ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia.

6.- Aunque la entidad demandada en este proceso, BBVA, lo fue también en el proceso anterior en que se ejercitó una acción colectiva de cesación y se dictó por esta Sala la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , y aunque el texto de la cláusula cuestionada en el presente proceso coincide con el de una de las cláusulas que fue objeto del anterior proceso, cuya nulidad fue apreciada en aquella sentencia, que condenó a BBVA a cesar en su uso, ninguna de las partes ha planteado ante esta Sala la incidencia que en el mismo ha de tener dicha sentencia núm. 241/2013 , que por otra parte es posterior a la aquí recurrida.

Esta ausencia de alegación y de formulación de pretensión alguna por ninguna de las partes, bien sea la demandante, bien sea BBVA, en relación con la eficacia procesal que aquella sentencia debe tener en este proceso, el hecho mismo de que la sentencia núm. 241/2013 fuera dictada después de la que resolvió el recurso de apelación en este proceso y que hoy es recurrida ante esta Sala y, sobre todo, la importancia que las cuestiones planteadas en los recursos extraordinarios tienen para la creación de una doctrina jurisprudencial que sea aplicable con carácter general a todas las condiciones generales que contengan una "cláusula suelo", sea cual sea la entidad bancaria predisponente, conducen a que este Tribunal entre a resolver las cuestiones planteadas en los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, teniendo en cuenta naturalmente la doctrina jurisprudencial de la citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , pero no los efectos procesales que la misma pudiera tener en el presente litigio, que estaban condicionados a lo establecido en el apartado 300 de aquella sentencia, sin que, como se ha dicho, ninguna de las partes haya tenido a bien realizar alegaciones sobre si tales condiciones se cumplen.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza de este modo: « *Al amparo de los arts. 2º y 4º del art. 469 LEC . Infracción de los arts. 412 y 399.1 LEC , en relación con el art. 218.1 LEC y el art. 24 CE , sobre la interdicción de la mutatio libelli* ».

2.- El motivo se basa en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido la prohibición de « *mutatio libelli* » [modificación de la pretensión], puesto que al estimar el recurso sobre la base de la falta de negociación e información sobre la cláusula suelo, admitió las alegaciones formuladas por la demandante en su recurso de apelación, que modificaban el objeto del proceso porque la demandante había admitido expresamente en la audiencia previa haber sido informada sobre la inclusión de la cláusula suelo y haber negociado las condiciones del préstamo.

Alega BBVA que con la contestación a la demanda aportó una serie de documentos (los numerados como 2-A a 2-I) que acreditaban que hubo una efectiva negociación de los términos del contrato, pues la demandante pidió la aplicación de unas condiciones más favorables destinadas a funcionarios, y se le informó de la inclusión de la cláusula suelo, y esos hechos quedaron fijados en la audiencia previa como no controvertidos, pues la demandante no impugnó en la audiencia previa la interpretación que BBVA daba a dicha prueba documental y consideró que se trataba de una cuestión jurídica por lo que bastaba con la prueba documental, a lo que el abogado de BBVA respondió que si se admitía como hecho no controvertido que la demandante era una funcionaria que solicitó adherirse a las condiciones ofrecidas por BBVA para el colectivo de MUFACE [Mutualidad de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado] y no se impugnaba la documentación que habían aportado, se mostraba conforme con que la cuestión podía quedar ventilada con la prueba documental aportada y sin necesidad de juicio.

Según la recurrente, la Audiencia Provincial habría aceptado la alteración del objeto del debate pretendido en el recurso de apelación al considerar que no había prueba de que se hubiera producido negociación individual de las condiciones generales del préstamo hipotecario, cuando tal cuestión no se planteó en la demanda, resultaba acreditada por los documentos aportados con la contestación que no fueron impugnados, en la audiencia previa se aceptó la existencia de negociación, y la ausencia de tal negociación no constituía la causa de pedir de la demanda.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de infracción de la prohibición de "mutatio libelli" [modificación de la pretensión]

1.- El recurso formulado por BBVA parte de bases fácticas y jurídicas incorrectas.

Es incorrecto afirmar que la demandante no planteó en su demanda la falta de negociación de las condiciones generales del préstamo hipotecario, y en concreto de la cláusula suelo objeto de impugnación, porque la ausencia de negociación es presupuesto ineludible de la impugnación, por abusiva, de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor, que era justamente la pretensión formulada en la demanda.

Para que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores puedan ser

anuladas por abusivas es requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas contractuales predispuestas, impuestas en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. O, cuanto menos, que se trate de cláusulas no negociadas, aunque falte el último de los requisitos indicados. Así resulta del art. 3 de la Directiva 1993/13/CEE y de los arts. 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, encuadrados en el capítulo titulado como "cláusulas no negociadas individualmente". Si se tratara de una cláusula negociada, tal circunstancia excluiría la posibilidad de realizar un control de abusividad como el pretendido por la demandante.

Por tanto, la ausencia de negociación de la "cláusula suelo" era presupuesto ineludible de la pretensión de la demandante.

2.- Tampoco es correcto afirmar que en la demanda no se hacía mención a la falta de información sobre la inclusión de dicha cláusula en el contrato, pues en sus páginas 46 y 47, de forma un tanto genérica pero en términos suficientemente elocuentes, se objetaba que las cláusulas suelo fueran conocidas por los usuarios, pues conceptos, términos o cláusulas tan técnicas no formaban parte de la cultura financiera del « *ciudadano normal y corriente* », y se afirmaba: « *hemos acreditado a la hora de desarrollar los hechos de esta demanda que hay un dato que llama la atención en el conflicto social surgido a raíz de este "suelo", el desconocimiento, por parte de los prestatarios, de la misma existencia de esta cláusula en el contrato* ». Se decía asimismo que la cláusula suelo había sido calificada como "desconocida", que en la mayoría de los casos no se advirtió a los consumidores de su inclusión en el contrato.

En la contestación a la demanda, BBVA alegó que la cláusula estaba redactada de manera transparente ya que el cliente había sido informado de su existencia y características al solicitar la concesión del préstamo, pues forma parte del procedimiento de información y negociación habitual de las condiciones financieras del préstamo hipotecario que los clientes realizan con una o varias entidades financieras. Que se había informado al cliente de los términos de su oferta de financiación de forma que aquel pudiera compararla con otras ofertas existentes en el mercado y decidir libre y meditadamente la que más le interesaba, y se había redactado la cláusula de forma clara y entendible en una escritura pública intervenida notarialmente.

Por tanto, esta cuestión fue introducida oportunamente en el litigio y fue objeto de debate y prueba, concretamente prueba documental. Que se tratara de un motivo secundario respecto del consistente en la desproporción y desequilibrio entre el "suelo" y el "techo" no supone que el recurso de apelación no pudiera fundarse también en este argumento, como de hecho se fundó, y que la Audiencia Provincial hiciera referencia al mismo en su sentencia.

3.- A la vista de cómo se desarrolló la audiencia previa, en la que la demandante ratificó todos los hechos y fundamentos de derecho de su demanda y mantuvo su pretensión sin realizar modificación alguna, el hecho de que dicha demandante no impugnara los documentos aportados por BBVA con la contestación a la demanda (en concreto, los documentos 2-A a 2-1) solo significa que no cuestionó la autenticidad de los mismos, pero no que aceptara las conclusiones probatorias que BBVA extraía de tales documentos y la valoración jurídica que sobre ellas hacía la entidad demandada. En concreto, no significa que aceptara que tales documentos justificaban la existencia de negociación entre las partes sobre la cláusula suelo y el suministro de información suficiente sobre su inclusión en el contrato.

Que no se cuestionara que la demandante era funcionaria y solicitó adherirse a las condiciones ofrecidas por BBVA a los mutualistas de MUFACE tampoco supone que la Audiencia Provincial, al considerar que la cláusula suelo es una condición general y como tal, una cláusula no negociada individualmente, haya incurrido en la infracción procesal que se denuncia. Solo pone de manifiesto que el órgano judicial parte de un concepto de cláusula no negociada distinto del que sostiene BBVA, lo cual es una cuestión jurídica, no fáctica.

Y que ambas partes manifestaran en la audiencia previa su conformidad con que el litigio quedara para sentencia sin necesidad de celebrar juicio, solamente con la prueba documental aportada con demanda y contestación, no supone que la demandante aceptara los postulados sostenidos por BBVA en su contestación a la demanda, pues mantuvo la demanda en los términos en que había sido formulada, sino simplemente que consideró que, para que el Juzgado resolviera el litigio, era suficiente con las alegaciones formuladas por las partes y con la prueba documental aportada, cuya valoración jurídica no tenía por qué coincidir con la sostenida por BBVA, pese a no cuestionar la autenticidad de los documentos que BBVA había aportado.

4.- En todo caso, aunque la estimación del recurso de apelación partió de la consideración de la cláusula suelo como cláusula no negociada individualmente, no puede decirse lo mismo de la otra alegación relativa a la falta de información y conocimiento por parte del consumidor sobre la cláusula suelo, que no llegó a ser abordada y resuelta por la Audiencia, más allá de una simple referencia cuando resumió el recurso de apelación. La Audiencia basó la estimación del recurso de apelación en otro argumento, que era el desarrollado de modo más amplio por la demandante en su demanda, el del carácter desproporcionado y desequilibrado del "suelo" respecto del "techo".

Por tanto, esta última cuestión no tiene trascendencia cara a impugnar la sentencia de la Audiencia Provincial por infracción procesal, pero sí la tendrá cuando esta Sala haya de asumir la instancia, a efectos de realizar el juicio de abusividad con base en el control de transparencia de la cláusula, pues evita que haya de someterse la cuestión a un trámite de audiencia contradictoria.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El epígrafe con que se encabeza el segundo motivo del recurso es del siguiente tenor: « *Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ; Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia contenidas en los arts. 218 , 319 y 348 LEC , al no incidir la motivación de la sentencia en todos los elementos fácticos del pleito, ni considerados individualmente ni en su conjunto, y no ajustarse a las reglas de la lógica y la razón en la apreciación y valoración de la prueba practicada* ».

2.- El motivo se fundamenta alegando, resumidamente, que no han tenido incidencia en la sentencia los elementos fácticos esenciales del litigio y que ha existido una apreciación irracional e ilógica de las pruebas practicadas, en concreto el informe del Banco de España y los dictámenes de KPMG y del catedrático D. Luis Manuel , que al no haber sido impugnados deberían hacer prueba plena. Pese a ello, añade la recurrente, y pese a que la demandante no aportó ningún informe pericial, la Audiencia Provincial ha considerado que el techo es « *irreal, imposible e impensable* » y ha considerado que existe desequilibrio entre el suelo y el techo, incurriendo en falta de

lógica desde el punto de vista económico y financiero.

QUINTO.-Decisión de la Sala. Inexistencia de los defectos procesales denunciados

1.- La valoración de la prueba, al ser función soberana y exclusiva de los tribunales de instancia, no puede ser objeto de impugnación en el recurso extraordinario por infracción procesal más que cuando por incurrir en un error notorio o ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supere el test de racionalidad constitucionalmente exigible para entender respetado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución .

En el caso enjuiciado, la conclusión de la Audiencia Provincial sobre el carácter aparente y no real del techo fijado en la misma cláusula en que se fijaba el suelo podrá ser o no compartida, y evidentemente la recurrente no la comparte, pero no puede ser tachada de error notorio o conclusión manifiestamente arbitraria o ilógica.

La valoración de las pruebas practicadas por parte de la Audiencia Provincial y la fijación de las conclusiones alcanzadas han sido muy sucintas, pero no puede afirmarse que no haya existido.

2.- La falta de impugnación por la demandante en la audiencia previa de los informes y dictámenes aportados por BBVA solo significa que no cuestionó su autenticidad, no que admitiera sus conclusiones probatorias, pues las mismas eran contrarias a los hechos y fundamentos de derecho de su demanda, que expresamente mantuvo en todos sus extremos. Esa falta de impugnación tampoco implica que el tribunal esté obligado a admitirlas y partir de las mismas para decidir el litigio

3.- La falta de aportación por la demandante de un informe pericial (a diferencia de la parte demandada, que ha aportado sendos informes de una importante consultora y de un catedrático de universidad) no puede traer como consecuencia que las tesis sostenidas por la demandada hayan de ser preferidas a las sostenidas por la demandante.

De aceptar la tesis de la recurrente, si los tribunales hubieran de plegarse necesariamente a las conclusiones de los informes periciales emitidos por peritos prestigiosos, se estaría permitiendo que la desproporción de medios económicos y de asistencia técnica entre los consumidores y las empresas con las que litigan se tradujera necesariamente en la desestimación de las pretensiones de aquellos y la estimación de las de estas. Tal conclusión no es conforme con lo previsto en el art. 9.2 de la Constitución , ni con la necesidad de superar la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional (que se traduce con frecuencia en una inferior asistencia técnica del consumidor) para garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, situación de desequilibrio que ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en numerosas sentencias (sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 , caso Banesto, apartado 41 ; de 21 de febrero de 2013, caso Banif Plus Bank, C -472/11, apartado 19 ; y de 30 de mayo de 2013 , C 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 31; de 10 de septiembre de 2014, caso SMART Capital , asunto C-34/13, apartado 48 ; de 21 de enero de 2015 , asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 30; de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , caso Van Hove , apartado 26, entre las más recientes).

4.- Por otra parte los informes periciales aportados por BBVA alcanzan conclusiones (como las relativas a la buena fe de las entidades que incluyeron cláusulas suelo en los contratos de préstamo, al cumplimiento de los preceptos legales y reglamentarios, al carácter negociado de estas cláusulas, a la trascendencia de la intervención notarial, a la proporción o desproporción del suelo y el techo, al equilibrio o desequilibrio, a la razonabilidad, en definitiva, a su validez) que suponen una valoración jurídica. Tal valoración jurídica pueden hacerla las defensas letradas de las partes y el tribunal, pero no los peritos, por lo que tales conclusiones no pueden servir para sustentar las tesis de la recurrente.

5.- En cuanto a la imputación de falta de lógica y de irracionalidad económica y financiera, no puede pretenderse una revisión de la valoración de la prueba pericial sobre cuestiones económicas o financieras, en el caso de que el recurrente no esté de acuerdo con la realizada en la instancia, mediante el recurso de tildarla de irracional desde el punto de vista económico o financiero, cuando lo acaecido es simplemente que las conclusiones alcanzadas por el tribunal no aceptan las sostenidas en los informes periciales aportados por el recurrente, que no son verdades absolutas que deban ser compartidas en todo caso.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El epígrafe que encabeza el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente: « *Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ; Infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de la prueba contenidas en los arts. 217 LEC y 82.2 TRLGDCU, y el art. 24 CE , al invertir indebidamente la carga de la prueba en perjuicio de la demandada* ».

2.- El motivo se argumenta, resumidamente, alegando que la previsión del art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU), que impone al empresario que afirme que la cláusula ha sido negociada individualmente la carga de probarlo, debe ser interpretada conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 del Código Civil), constituida por los factores políticos, sociales, económicos y culturales imperantes, y que en la Unión Europea existe actualmente un estado de conciencia contrario a esta regla legal, y la doctrina jurisprudencial traslada mayoritariamente la carga de la prueba al consumidor que invoca la imposición, considerando incluso acreditada la existencia de negociación y no imposición de la cláusula por el mero hecho de que el consumidor ostente libertad de elección en el mercado y decida voluntariamente contratar con una determinada entidad bancaria.

Alega igualmente la recurrente que está acreditado mediante los documentos 2-A a 2-I que la demandante es una persona con formación y que había contratado diferentes productos bancarios, y que se cumplieron los requisitos establecidos en la normativa aplicable, concretamente las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1989 y 5 de mayo de 1994, que prueban la existencia de una negociación y efectiva información individual al el consumidor.

SÉPTIMO.- Decisión de la prueba. La carga de la prueba del carácter negociado de los contratos celebrados con consumidores

1.- La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las

consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

La consecuencia de lo expuesto es que la denuncia de infracción de las reglas de la carga de la prueba no puede fundarse en la alegación de que determinado extremo relevante del litigio (en este caso, que la cláusula suelo fue negociada por las partes) resulta acreditado por ciertas pruebas y el tribunal ha errado al no estimarlo así, por cuanto que esta cuestión afecta a la valoración de la prueba, no a la carga de la prueba.

Solo pueden tomarse en consideración, por tanto, las alegaciones que cuestionan que la falta de prueba de la negociación haya de perjudicar al profesional o empresario, permitiendo que la cláusula sea susceptible de control de abusividad.

2.- La denuncia de la infracción de las reglas de la carga de la prueba se funda en bases incorrectas.

La primera de estas bases es considerar, como hace el recurso, que una interpretación de una ley conforme a alguno de los criterios del art. 3.1 del Código Civil puede llevar a la inaplicación de la norma legal o, más aún, a seguir el criterio contrario al fijado en la misma.

Debe recordarse, además, que la previsión de la norma de Derecho interno traspone una previsión normativa contenida en el último inciso del art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE , que resalta el carácter indiscutible y tajante de la imposición de tal carga de la prueba al profesional que afirme que la cláusula se ha negociado individualmente mediante la utilización del adverbio "plenamente" (« *el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba* »).

Además, como se recordaba en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo , « *esta regla, en contra de lo sostenido por una de las recurridas, se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que "[s]i el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba"* ».

3.- No es correcto tampoco afirmar que la jurisprudencia es contraria a la regla legal que atribuye la carga de la prueba de la negociación de una cláusula al predisponente que afirma que tal negociación se produjo.

La jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado , ha declarado en su apartado 19:

« Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba ».

Otro tanto puede decirse de la jurisprudencia de esta Sala. En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, no solo se reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 se afirmaba lo siguiente:

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

4.- Es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente.

5.- Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la

alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial.

6.- Los argumentos utilizados para fundamentar este motivo del recurso muestran que las objeciones que BBVA opone al carácter no negociado de la cláusula suelo no son de orden fáctico, que es el único en que tiene relevancia la carga de la prueba, sino conceptual, jurídico, y como tales han de ser abordados en el recurso de casación, en el que también se plantea la cuestión.

7.- Lo expuesto determina que el recurso extraordinario por infracción procesal deba ser desestimado.

Recurso de casación

OCTAVO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.- Tras las alegaciones destinadas a justificar el interés casacional del recurso de casación, el primer motivo de dicho recurso se encabeza con el siguiente epígrafe: « *Al amparo del artículo 477.1 LEC .- Infracción de los artículos 1 y 4 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y de los artículos 4 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo , de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso en relación con la aplicación de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y la calificación de la cláusula suelo como condición general de la contratación* ».

2.- En este motivo, BBVA alega que la Audiencia Provincial ha infringido los preceptos legales invocados en el epígrafe al considerar que la cláusula suelo tiene el carácter de una condición general de la contratación, y critica los argumentos que la Audiencia, al reproducir y asumir los contenidos en la sentencia de otra Audiencia, utiliza para justificarlo.

Critica asimismo el argumento relativo al papel secundario que las entidades de crédito otorgaban a los límites de la variación del tipo de interés o a la falta de percepción del consumidor medio. Y sistematiza su impugnación en torno a tres cuestiones:

i) Considera que la sentencia recurrida infringe el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación pues el contrato de préstamo hipotecario que contiene la cláusula suelo estaría integrado por condiciones generales reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes, que en este caso sería la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, a la que se ajustaría la cláusula utilizada por BBVA.

ii) Afirma que la calificación de la cláusula suelo como condición general de la contratación infringe el art. 4 de la Directiva 1993/13/CEE porque las condiciones generales se refieren por naturaleza a cuestiones accesorias de los contratos, estando prohibida la apreciación judicial del carácter abusivo de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato, como es la cláusula suelo, por lo que el control jurisdiccional de estas cláusulas ha de limitarse a un control de transparencia e información sobre la base de lo dispuesto en la normativa que las regula, en concreto las Órdenes Ministeriales de 1989 y 1994..

iii) Alega asimismo que la Audiencia infringe el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación porque la sentencia no funda ni acredita el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo, y omite el relativo a la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos. La cláusula no estaría predispuesta por BBVA porque su contenido está predeterminado por la ley, y la aceptación de estas cláusulas por los consumidores no es fruto de una imposición sino de un largo procedimiento negocial precontractual regulado en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994. Pese a que BBVA utilice textos estandarizados, ajustados a esa Orden Ministerial, estos pueden ser objeto de ulterior valoración y/o modificación por las partes al ser precisamente negociados, como ocurrió en este caso en que BBVA ofertó a los miembros de MUFACE unas condiciones ventajosas de mercado y la demandante contrató otros productos que implicaron una bonificación del tipo de interés aplicable. A ello obedecerían las distintas ofertas realizadas a distintos colectivos, entre ellos al de MUFACE. El tribunal de apelación no habría entrado a analizar si había existido una imposibilidad del cliente de influir en el contenido del contrato. Desde el momento en que los clientes tienen la libertad de contratar un préstamo con cualquier entidad, no puede hablarse de imposición alguna. Sería lo que la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1996 denominó la "capacidad de elección", que exigiría, para que no fuera aplicable la disciplina reguladora de las condiciones generales, que el consumidor no hubiera podido eludir su aplicación, sin que bastara una actitud meramente pasiva. Alega asimismo BBVA que la demandante es una funcionaria de carrera, una persona con formación, que es titular de productos bancarios tales como fondos, depósitos y cuentas de ahorro, como constaría acreditado en los documentos 2-A, 2-B y 2-D aportados con la contestación a la demanda. Por último, critica que el tribunal de apelación haya considerado que ni la oferta vinculante ni la escritura de préstamo sean prueba de negociación individual.

3.- Por razones sistemáticas es preciso comenzar por el tercer apartado en que se han ordenado los argumentos del motivo, para a continuación examinar el primer apartado, y, por último, el segundo apartado.

Aunque ciertos argumentos se repitan a lo largo de todo el motivo de modo reiterado, serán abordados al examinar el apartado con el que tengan una conexión más directa.

Para una mayor claridad, se abordarán en sucesivos fundamentos de derecho.

NOVENO.- Decisión de la Sala (I). El carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios concertados con consumidores

1.- Como se expuso al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los de bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación cuando contratan con los consumidores y usuarios. De ahí que tanto la Directiva comunitaria como la Ley nacional impongan al profesional la carga de la prueba de lo contrario, esto es, de que la cláusula ha sido negociada, y que dicha previsión tenga el alcance que se ha precisado en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

En nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, declaramos la notoriedad de esta circunstancia, y que el sector bancario y financiero era uno de los más estandarizados en la contratación con consumidores. Afirmábamos en el apartado 159

de dicha sentencia, con cita del Informe del Banco de España aportado también como prueba en este litigio:

« En idéntico sentido el IBE [Informe del Banco de España] afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente:

» "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad"» .

2.- - Como recordábamos en el apartado 137 de la citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , los requisitos para que una cláusula sea considerada como condición general de la contratación son:

i) Contractualidad, esto es, que haya sido redactada para ser incorporada a un contrato.

ii) Predisposición, siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero.

iii) Imposición, porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional.

iv) Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos.

3.- Es claro que la cláusula suelo está incorporada a un contrato, y desde ese punto de vista, se cumple el requisito de la contractualidad. La objeción consistente en que dicha cláusula viene impuesta por una norma imperativa será tratada en el siguiente fundamento.

Respecto del segundo requisito, el de la predisposición, además de lo expuesto sobre su notoriedad, no existe realmente objeción sobre su concurrencia. Se reprocha a la Audiencia no haberse pronunciado al respecto, pero carece de sentido justificar lo que es obvio. En todo caso, el propio recurrente reconoce que utiliza "textos estandarizados" en sus contratos que incluyen tal cláusula.

4.- El cuarto requisito, de la generalidad, es en realidad innecesario a los efectos que aquí interesan por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de

adhesión que no tenga un uso generalizado.

En todo caso, resulta notorio que este tipo de cláusulas son utilizadas de modo general por las empresas y profesionales de estos sectores de la contratación (de hecho, la redacción de esta cláusula es la de una de las condiciones generales de la contratación que fue objeto de la acción colectiva sobre la que versó nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo).

No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.

5.- Los argumentos de más peso son utilizados por el recurrente para impugnar la concurrencia del requisito de la imposición.

El argumento de que es necesario que el consumidor no haya podido eludir su aplicación, sin que baste una actitud meramente pasiva, no puede admitirse. Sin necesidad de valorar ahora el acierto o desacierto de las declaraciones realizadas en su día en la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1996 (recurso núm. 3930/1992) que el recurrente reproduce en su recurso, las mismas no pueden mantenerse tras la Directiva 1993/13/CEE y la normativa interna que la transpone, y así ha sido declarado en nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 149, al afirmar:

« Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992 , en el sentido de que "[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente" ».

Y añade en el apartado 151:

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

6.- Tampoco obsta al carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo cuestionada el hecho de que estuviera inserta en los contratos ofertados a un

concreto colectivo, el de afiliados a la MUFACE. Como se ha dicho, la generalidad propia de las condiciones generales de la contratación no exige que la cláusula esté incluida en todos los contratos que la empresa o profesional celebre con los consumidores, basta que lo esté en una pluralidad, como puede ser la de los contratos celebrados con los afiliados a la MUFACE, a los que BBVA oferta la celebración de contratos con características distintas de los celebrados con los consumidores en general.

En todo caso, el hecho de que se trate de una oferta hecha a un determinado colectivo, lo que no es infrecuente en este tipo de servicios, y que la demandante haya solicitado concertar el contrato de préstamo en los términos previstos en esa oferta, no elimina el carácter de cláusula no negociada individualmente de las estipulaciones que integran el contrato. La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo .

7.- El último argumento relativo a la no concurrencia en el caso enjuiciado del requisito de la imposición es que la demandante es funcionaria de carrera y, como tal, persona con formación, y es titular de otros productos bancarios, como resultaría acreditado en virtud de los documentos aportados por BBVA con su contestación a la demanda.

En efecto, los documentos citados prueban que la demandante es funcionaria de carrera, del cuerpo general auxiliar de la Administración del Estado (de ahí que sea afiliada de MUFACE); que como tal, cuando solicitó el préstamo en 2006 percibía un sueldo de 993,39 euros mensuales, era titular de una cuenta ahorro vivienda en BBVA con un saldo de 4.200 euros, de una cuenta bancaria con saldo de 2.279,45 euros, un depósito de 3.500 euros y un fondo de 1.823,71 euros en otro banco, y había percibido un "regalo bienvenida" consistente en una cristalería de 18 piezas al contratar el préstamo hipotecario con BBVA como mutualista de MUFACE.

8.- La tesis mantenida en el recurso sobre esta cuestión, según la cual estas características de la demandante supondrían que la cláusula suelo había sido negociada o, al menos, que la demandante, por su formación y experiencia financiera, no podía pretender que la cláusula fuera anulada por ser abusiva, no puede admitirse.

BBVA, en su recurso, concibe el requisito de la imposición bien como una compulsión absoluta a contratar con base en ese condicionado general, lo que exigiría que el oferente tuviera una posición monopolística en ese sector del mercado y existiera una absoluta inevitabilidad de contratar con el mismo, lo que ya rechazamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , bien como un aprovechamiento por parte del profesional o empresario de la falta de formación, de la exclusión del adherente de los comportamientos de consumo habituales en una sociedad de las características de la nuestra, de modo que si el consumidor tuviera una cierta formación, un empleo estable, un sueldo mínimo, y hubiera contratado unos productos bancarios y de ahorro básicos, ya no concurriría el requisito de la imposición. Tampoco esta tesis es correcta.

9.- Hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE . No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 150.

10.- Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.

En lo que se refiere a la exigencia de que las condiciones generales no causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contrario a la buena fe, no resulta económica ni socialmente eficiente que el consumidor haya de adoptar sus opciones de consumo mediante un examen minucioso y una comparación entre los diversos condicionados generales de los contratos. Lo eficiente y lógico es que la atención del consumidor se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella. Por eso el ordenamiento jurídico exige que las cláusulas que regulan los elementos esenciales sean especialmente transparentes, para que el consentimiento contractual que se preste sea plenamente informado, al ser la prestación (en sus aspectos fundamentales) y el precio los elementos básicos que determinarán la opción del consumidor y sobre los que prestará su pleno consentimiento. Respecto del resto del condicionado general, referido a otros elementos secundarios, lo determinante es que el contrato predispuesto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar, sin necesidad de que el consumidor haya de realizar un examen concienzudo de las mismas y, sobre todo, sin considerar que la opción del consumidor vendrá determinada por el contenido de esas otras condiciones generales que no afectan a los elementos esenciales del contrato, porque sería contrario a la lógica y a criterios de eficiencia social y económica.

Ello no significa que el resto de condiciones generales, las que regulan aspectos accesorios del contrato, no hayan de ser también transparentes, en el sentido indicado. Pero, lógicamente, la exigencia de transparencia será más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que supongan para el adherente.

11.- La "imposición" de las condiciones generales que integran el contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo que excluya el control de abusividad.

DÉCIMO.- Decisión de la Sala (II). La existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores

1.- El recurrente considera que la existencia de una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria a este tipo de contratos bancarios, que en este caso sería la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, a la que se ajustaría la cláusula utilizada por BBVA, excluye el carácter de condición general de la cláusula suelo.

2.- Esta cuestión también fue abordada en nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo . Basta con remitirnos a lo que en ella declaramos:

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

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

» 177. En el ámbito nacional la Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que "[t]ampoco se extiende la Ley -siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengán determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido.

»2.2. Conclusión.

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

3.- Por tanto, la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la

contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no exige que en los contratos de préstamo hipotecario se incluyan cláusulas suelo ni que se incluyan con esa concreta redacción; no excluye, como se verá, que se facilite otra información más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia, como ya declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo .

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala (III). Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas

1.- El recurrente considera que la sentencia de la Audiencia infringe el art. 4 de la Directiva 1993/13/CEE al calificar la cláusula suelo como condición general de la contratación. Considera que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden ser consideradas condiciones generales de la contratación, pues estas se refieren por naturaleza a cuestiones accesorias de los contratos.

2.- Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos ". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

3.- Cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales, lo que se analizará al resolver el motivo siguiente.

DUODÉCIMO.- Formulación del segundo motivo de casación

1.- El segundo motivo de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: « *Al amparo del artículo 477.1 LEC .- Infracción de las normas contenidas en los artículos 82 y 87 TRLGDCU, el art. 38 CE, el art. 315 Código de Comercio, y en las órdenes ministeriales de diciembre de 1989 y de 5 de mayo de 1994, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso* ».

2.- En este motivo, el recurrente impugna que la Audiencia haya apreciado la nulidad de la cláusula suelo por falta de equilibrio y proporcionalidad, mediante la comparación de la cláusula suelo con la cláusula techo, pues no existe norma que exija tal proporcionalidad ni reciprocidad.

Alega asimismo que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, posibilitó que el prestatario se desvinculara del contrato y eludir de este modo la cláusula suelo.

Añade el recurrente que la función de la cláusula suelo sería la de evitar que la evolución de los costes de refinanciación haga incurrir en pérdidas a las entidades bancarias que hayan concertado préstamos a interés variable. Es válida la previsión solo de suelo o solo de techo. Además, no existen elementos para afirmar la existencia de esa desproporción a que hace referencia la sentencia, dada la distinta finalidad de una y otra cláusula. La reciprocidad en el contrato habría de valorarse en relación a las prestaciones de cada parte, no entre los elementos de una misma prestación.

DÉCIMO TERCERO.- Decisión de la Sala. El control de abusividad de la cláusula suelo

1.- El préstamo hipotecario concertado por la demandante con BBVA establecía un interés del 2,75% anual (TAE 3,926%) durante los primeros seis meses, pasados los cuales se revisaría, utilizándose como tipo de referencia el euribor hipotecario BOE al que se añadiría un diferencial de 0,60 puntos porcentuales. Pero, se añadía en la cláusula impugnada, « *en todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación [euribor] sea inferior al dos con veinticinco (2,25%) por ciento, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto [en este caso, 0,60], determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés" [...] El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince (15) por ciento nominal anual* ».

2.- La aplicación de la citada cláusula suelo suponía que, habiéndose contratado un préstamo a interés variable, tras el primer periodo semestral, el interés remuneratorio no podría bajar, e incluso había de ser superior al previsto para ese primer periodo (un 2,75% anual nominal), pues no podría bajar del 2.85% anual nominal (2.25% más

0,60%). Más adelante, al haber contratado la demandante otro producto con BBVA que determinaba una reducción del diferencial desde el 0,60 al 0,40%, el interés no podría bajar del 2.65%. Vemos la influencia directa que tiene dicha cláusula en la determinación del interés remuneratorio (esto es, del precio) desde los primeros momentos de vida del préstamo

Tal como afirmábamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y, por tanto, define el objeto principal del contrato.

3.- Aunque el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece tal Directiva (así lo declaran las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, apartado 42 ; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, apartado 49 ; y de 23 de abril de 2005, asunto C-96/14 , apartado 31), la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , declaró que los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva 1993/13/CEE no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. El art. 8.bis, introducido por la Directiva 2011/83/UE , confirma esta posibilidad.

Pero en nuestro Derecho interno, sin perjuicio de previsiones específicas que determinan en ciertos supuestos el precio máximo por un determinado bien o servicio, o las características que deben reunir determinadas prestaciones, el legislador no ha hecho uso con carácter general de esta posibilidad. Así lo entendimos en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo .

La citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio , sobre la base de la redacción dada por la Ley 7/98 al art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , actualmente art. 82 TRLCU, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones" (que identifica con el objeto principal del contrato) a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. El control del equilibrio de las "contraprestaciones" de la redacción originaria fue sustituido por el de "los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

En este sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , declara (y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , ratifica) que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

Por tanto, no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas "suelo" y "techo", y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio.

4.- Aunque la sentencia de la Audiencia Provincial recogió como uno de los motivos de impugnación del recurso de apelación el del desconocimiento por la demandante de la existencia de la cláusula suelo y de sus efectos en el contrato, en realidad la estimación del recurso de apelación no se debió a la estimación de este motivo, sino del relativo a la falta de equilibrio y proporcionalidad entre el suelo y el techo.

Por tal razón, el recurso de casación ha de estimarse. Pero tal estimación supone que la sentencia de la Audiencia Provincial haya de ser casada y que esta Sala, asumiendo la instancia, resuelva el otro motivo en el que se basó fundamentalmente el recurso de apelación, puesto que el mismo, pese a ser mencionado al resumir el recurso de apelación, no fue abordado por la sentencia de la Audiencia Provincial, a la que bastó la consideración de la pretendida falta de proporcionalidad y equilibrio de la cláusula que incluía el "suelo" para declarar su abusividad.

Asunción de la segunda instancia

DÉCIMO CUARTO.- La cláusula suelo es abusiva por falta de transparencia

1.- Ya se ha expuesto que la demandante alegó el desconocimiento y la falta de información sobre la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario que concertó con BBVA. Lo hizo en términos más generales y de un modo breve, pero suficiente, en su demanda, y de un modo más extenso y preciso en su recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial, al resumir el recurso de apelación formulado por la demandante, recogió estas alegaciones como unas de las que fundamentaron el recurso, pero basó su decisión revocatoria de la sentencia del Juzgado Mercantil y estimatoria de la demanda en otro motivo, que se correspondía con la argumentación expuesta de modo más amplio en la demanda: la desproporción y el desequilibrio existente entre el "suelo" y el "techo" en la cláusula impugnada.

2 .- Como ya expusimos en el auto de 6 de noviembre de 2013, por el que se rechazó la solicitud incidental de nulidad de actuaciones formulada contra la tantas veces citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, 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 estimó 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, esta Sala debe entrar en el otro motivo en el que la demandante basó fundamentalmente su recurso de apelación, como es la falta de información, conocimiento y entendimiento de la cláusula suelo, pues, de no hacerlo incurriría, en incongruencia omisiva.

3.- En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio , también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, *« conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo »*. Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, *« la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato »*.

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

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

contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

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

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo .

4.- En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « *la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical* » (apartado 71), que « *esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva* » (apartado 72), que « *del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo* ».

Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove , tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que « *la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él* ».

5.- En el presente caso, la decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertadas entre los mismos superan o no el control de transparencia.

En el caso aquí enjuiciado, concurren todas las circunstancias que llevaron a que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, declaráramos la abusividad de las cláusulas suelo cuestionadas, por falta de transparencia, y que son:

« 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 » .

6.- En el caso objeto del recurso, pese a que la cláusula suelo determinaba de un modo relevante el precio del servicio (esto es, el interés remuneratorio), la misma recibió un tratamiento secundario en la información suministrada al consumidor, hasta el punto de que no aparecía en el folleto de la oferta hecha a los mutualistas de MUFACE. En la escritura de préstamo hipotecario, la cláusula se ubicó entre una abrumadora cantidad de datos, dentro los cuales quedaba enmascarada y diluía la atención del consumidor; se encontraba ubicada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, y no en un lugar destacado, como por el contrario sí lo tenían menciones como las del importe del préstamo, el plazo de devolución, el tipo del interés remuneratorio de los primeros seis meses, el índice de referencia y el diferencial conforme a los cuales variaría el interés pasados esos seis meses. En la oferta vinculante prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, se resaltaba en letra mayúscula que los intereses ordinarios eran a tipo variable, pero la información sobre el suelo se encontraba enmascarada entre abundantes informaciones, en una ubicación que no permitía hacerse idea cabal de su significado y trascendencia, ni informar adecuadamente sobre la repercusión que la misma tendría en la economía del contrato.

Tampoco se incluían simulaciones del comportamiento del tipo de interés en distintos escenarios, que reflejaran la trascendencia que tenía la inclusión de la cláusula suelo, ni se contenía una advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Todo ello impidió al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés, de modo que de forma sorpresiva para la demandante, transcurridos los primeros seis meses, el préstamo a interés variable se convertía en un préstamo a interés mínimo fijo, a un tipo que era incluso superior al fijado para el semestre inicial.

Por consiguiente, la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario concertado entre la demandante y BBVA no era transparente. Por tal razón, ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula.

DÉCIMO QUINTO.- Las consecuencias de la declaración de nulidad por abusividad

1.- En la tantas veces citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, el Pleno de esta Sala consideró que los efectos restitutorios de las prestaciones derivados de la falta de validez del título de la atribución patrimonial, al haber quedado esta sin causa que la justifique, debían limitarse en el caso de la abusividad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo objeto de aquel procedimiento en que se ejercitaba una acción colectiva, de modo que no afectara a los actos consumados, esto es, a las cantidades ya pagadas hasta el momento de la apreciación de la abusividad de la cláusula, por razón de las peculiares circunstancias que concurrían en relación a la abusividad apreciada. Esa era la razón de que, utilizando una expresión suficientemente expresiva, se hablara de limitar la "retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad.

Se razonaba en aquella sentencia que esta limitación de efectos, en relación a los que procederían en otros supuestos de nulidad, se justificaba, entre otras razones, por exigencias del principio de seguridad jurídica, dado que se trataba de cláusulas en principio lícitas, cuya inclusión en los contratos a interés variable respondía a razones objetivas (en particular, el coste del dinero, constituido mayoritariamente por recursos minoristas, depósitos a la vista y a plazo, con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero, como resulta del Informe del Banco de España aportado tanto en aquel como en este litigio), y que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes, cuya utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado, y cuya abusividad no era intrínseca sino que derivaba exclusivamente de su falta de transparencia. Se aducía también que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permitía al prestatario la sustitución del acreedor. Y, por último, se declaraba también que la "retroacción" de los efectos de la apreciación de abusividad hasta el momento mismo de suscripción del préstamo hipotecario (o más exactamente, el momento en que la limitación a la bajada del interés comenzó a ser efectiva) generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

2.- En la posterior sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, también de Pleno, se ha considerado pertinente mantener la citada doctrina, aplicándola en este caso en un litigio en el que la acción ejercitada era individual, al igual que sucede con el caso objeto de este recurso. Decíamos en esta sentencia:

« Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los

muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto».

3.- Aunque pudiera considerarse que la consecuencia de lo expuesto sería que el cese en los efectos de la cláusula suelo habría de producirse exclusivamente a partir de la fecha de la presente sentencia, por ser en ella donde se declara la nulidad por abusiva de la citada cláusula (la sentencia de la Audiencia Provincial ha sido casada y dejada sin efecto), en la citada sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, también se ha establecido como doctrina jurisprudencial que los efectos de la abusividad de las cláusulas suelo no transparentes, en concreto el cese en la limitación a la bajada del tipo de interés, deben producirse a partir de la fecha de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, y en este sentido se afirmaba:

«[...] se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia.

» Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada ».

Y por tal razón, en el fallo de la sentencia se establecía la siguiente doctrina jurisprudencial:

« Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio [rectius, 8 de septiembre] de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ».

4.- Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013, y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva.

La concreción de los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la fijación de una fecha clara a la que deben referirse los efectos restitutorios de la nulidad permite, asimismo, que en los litigios en curso en los que se pretende la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, las partes puedan llegar a soluciones transaccionales con base en tales parámetros.

Si no sucede así y el consumidor tiene que interponer una demanda para que se declare la abusividad y consiguiente nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, o si el litigio ya entablado tiene que continuar por no acceder la entidad

financiera demandada a alcanzar una solución transaccional con base en tales criterios, esta no puede pretender que los efectos de la declaración de abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, solo se produzcan desde que se dicte la sentencia en dicho litigio. Como afirmábamos en la sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, a partir de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , ya no puede afirmarse la buena fe, en sentido subjetivo, de las entidades financieras predisponentes, y por ello la obligación de devolver lo cobrado de más por la aplicación de esta cláusula suelo ha de producir sus efectos a partir del 9 de mayo de 2013.

En este caso, BBVA pudo comprobar con toda facilidad que la cláusula suelo litigiosa no superaba el control de transparencia con base en los criterios fijados en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , y debió dejar de cobrar el exceso que resultaba de la aplicación de la cláusula suelo. Ello sin necesidad siquiera de entrar a considerar, por las razones ya expuestas, los efectos procesales que la citada sentencia tenía, puesto que BBVA fue condenada en la misma, y la cláusula suelo de este litigio tenía la misma redacción que una de las que fue objeto de la acción colectiva resuelta definitivamente en aquella sentencia.

5.- Lo anteriormente expuesto conlleva que deba estimarse el recurso de apelación interpuesto por la demandante frente a la sentencia del Juzgado Mercantil, pero no por la abusividad intrínseca de la cláusula suelo derivada de su desproporción con la cláusula techo, sino por la falta de transparencia, y proceda en consecuencia declarar su nulidad, el cese de sus efectos, y condenar a BBVA a restituir a la demandante los intereses que haya podido cobrar de más por aplicación de la cláusula suelo a partir del 9 de mayo de 2013.

DÉCIMO SEXTO .- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas del recurso extraordinario por infracción procesal deben ser impuestas a la recurrente. La estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las causadas por tal recurso.

La estimación siquiera parcial del recurso de apelación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas de tal recurso.

La estimación parcial de la demanda que resulta de esta sentencia determina que no se haga expresa imposición de las costas de primera instancia.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." contra la sentencia núm. 32/2013, de 26 de febrero, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, en el rollo de apelación núm. 23/2013 , dimanante de los autos de juicio

ordinario núm. 318/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz.

2.- Condenar a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." al pago de las costas de dicho recurso, así como a la pérdida del depósito constituido para interponerlo.

3.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", contra la sentencia núm. 32/2013, de 26 de febrero, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, en el rollo de apelación núm. 23/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 318/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz.

4.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

5.- Acordamos no hacer expresa imposición de las costas de dicho recurso, y que se devuelva a la recurrente el depósito constituido para interponerlo.

6.- Asumimos la segunda instancia y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D^a Adelaida contra la sentencia núm. 129/2012, de 13 de julio, del Juzgado Mercantil núm. 1 de Badajoz dictada en el juicio ordinario núm. 318/2011, que revocamos, y, en su lugar, estimamos en parte la demanda promovida por D^a Adelaida contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." y acordamos:

6.1.- Declarar la nulidad de la cláusula suelo contenida en la estipulación 3 Bis 3 del contrato de préstamo a interés variable de fecha 29 de junio de 2006 por ser abusiva por falta de transparencia.

6.2.- Condenamos a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." a devolver a la demandante los intereses cobrados en exceso por la aplicación de referida cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

6.3.- Condenamos a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable de Doña Adelaida, objeto de esta demanda, que regirán en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.

6.4.- No hacemos expresa imposición de las costas de primera instancia.

7.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación. Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:20-5-2015

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno.

La necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de 25 de marzo de 2015.

PRIMERO .- Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados y compañeros de Sala, el voto particular que formulo se realiza por coherencia al que anteriormente realicé con relación a la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2015 (núm. 139/2015) reafirmandome, por tanto, en la extensa fundamentación técnica allí expuesta y en sus consecuencias jurídicas, esto es, el dictado de una sentencia creadora de una auténtica norma general, sin cobertura legal para ello, y frontalmente contraria tanto a la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril, como a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la desarrolla en este ámbito de su aplicación.

No procede extenderme más en ello dado que la sentencia aquí tratada reproduce la misma fundamentación técnica de la sentencia citada acerca de la limitación parcial del debido efecto devolutivo, tras la declaración de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia (fundamento de derecho décimo-quinto). Ejemplo de lo afirmado, entre otros argumentos que se reproducen, es como la presente sentencia se esfuerza, a nuestro juicio de un modo estéril, en desnaturalizar el ejercicio propio y diferenciado de la acción individual con el siguiente argumento, que toma de la sentencia de 25 de marzo de 2015: *«Pretender que en la acción individual no se produzca meritorio riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto»*.

Como puede observarse, argumento claramente espurio tanto con la función tuitiva que dispensa al consumidor la normativa objeto de aplicación, como con la propia ratio (razón de ser) que la sustenta.

En efecto, si fuera como se argumenta en la sentencia, la acción individual quedaría fuera del marco real de protección establecido pues, por definición, su proyección en un marco de contratación seriada está sujeto a un inevitable ejercicio plural de la misma, conforme a los consumidores afectados por la reglamentación predispueta. Por el contrario, nos debemos reafirmar en que el ejercicio de la acción individual constituye el "crisol" o la propia "médula" de la protección dispensada legalmente. Fundamento que no puede quedar desnaturalizado, como se ha dicho, por una insostenible equiparación sustantiva entre la acción individual y la acción colectiva, que

es donde encuentra cobijo la posible afectación al orden público económico, pues este concepto, como también se ha señalado, se nutre axiológicamente de los principios de buena fe y de justicia contractual que informan directamente el ejercicio de la acción individual por el consumidor afectado; de suerte que no puede darse su aplicación contradictoria o ajena a los intereses del consumidor en el caso del ejercicio individual de la acción.

Principio de buena fe y postulados de justicia contractual.

SEGUNDO.- En síntesis, es en este plano valorativo o axiológico en donde quiere llamar la atención este voto particular, sin perjuicio de lo ya expuesto en el anterior voto pues, sin duda, metodológicamente es este plano valorativo el que no solo informa la interpretación y aplicación normativa en cuestión, sino también, y esto es lo relevante en el presente caso, el necesario contraste o adecuación de las consecuencias derivadas de la aplicación efectuada.

De ahí, que tras la publicación de estas sentencias quepa plantearse, las veces que resulten necesarias, si la doctrina jurisprudencial emanada es acorde a los valores y principios de justicia contractual a los que dice servir, o por el contrario se aparta de ellos.

Pues bien, en la línea ejemplificativa seguida, el presente caso nos muestra, bien a las claras, como el fundamento técnico e indiscriminado que da cuerpo a esta doctrina jurisprudencial determina que su decisión o fallo se aleje irremediabilmente de los valores y principios que le informaron desde su inicio.

En efecto, en el caso que nos ocupa, una mileurista que tras largos años de trabajo percibe un sueldo de 993,39 euros, tiene una cuenta bancaria con un saldo de 2.279,45 euros y un depósito de 3.500 euros, así como la "increíble" atribución económica de un "regalo de bienvenida" consistente en una cristalería de 18 piezas por contratar el préstamo hipotecario, no podrá recibir íntegramente la restitución de los intereses pagados indebidamente desde la perfección del contrato, bajo condiciones generales, porque la sentencia de 25 de marzo de 2015, y ésta que la sigue, pese a firmarse el contrato en el año 2006, le confirman que aun con la condición de consumidora no le asiste el principio de buena fe, que precisamente fundamenta su protección, pues este queda enervado hasta la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013. Al parecer, durante este intervalo de tiempo la función tuitiva que dispensa la norma estuvo de "vacatio legis" o quizás, como sustentó la entidad bancaria, a la postre el contrato no resultó impuesto, esto es, fue negociado, dada la "formación y experiencia financiera" que atesora la consumidora.

Evidentemente, este mero contraste de las consecuencias prácticas que se derivan de la doctrina jurisprudencial establecida respecto de la quiebra de los postulados básicos de la justicia contractual, en este caso y en otros muchos de circunstancias similares, deberían llevar a su replanteamiento y posterior corrección.

TERCERO.- En virtud de todo lo razonado, asumida la segunda instancia por esta Sala, se debió estimar íntegramente la demanda promovida por doña Adelaida contra el "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", acordándose, entre otros extremos, la devolución íntegra de los intereses cobrados indebidamente por la aplicación de la cláusula suelo, desde la perfección del contrato.

D. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado.