



Roj: **STS 2228/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2228**

Id Cendoj: **28079110012020100383**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2020**

Nº de Recurso: **4524/2017**

Nº de Resolución: **408/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 408/2020

Fecha de sentencia: 07/07/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4524/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 4524/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 408/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 7 de julio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Usuarios Financieros, representada por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de D.^a María José Lunas Díaz, contra la sentencia núm. 387/2017, de 24 de julio, dictada por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 542/2015, dimanante de las actuaciones de juicio verbal núm. 47/2013 del Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A., representada por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. Rafael Monsalve del Castillo.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros (ASUAPEDEFIN), interpuso demanda de juicio verbal contra Bankinter en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que:

- a) Declare la nulidad absoluta de las condiciones generales citadas en el cuerpo de la presente demanda incluidas en los contratos denominados comercialmente "CLIPS" e "INTERCAMBOS", en concreto los "CONTRATOS DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", los "CLIP HIPOTECARIOS ÓPTIMOS" y los "CONTRATOS DE INTERCAMBIOS DE TIPOS/CUOTAS";
- b) Condene a la entidad BANKINTER a cesar en el uso de dichas condiciones generales;
- c) Se ordene la publicación del fallo en al menos dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el art. 21 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y en el art. 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
- d) Se ordene la anotación preventiva de la interposición de la presente acción de cesación, y se dirija mandamiento de inscripción de la Sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con arreglo a lo previsto en los artículos 11.3 y 22 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación; y
- e) Se imponga, de acuerdo con el artículo 711.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una multa coercitiva por día de retraso en la ejecución de la resolución, según el plazo que se señale a estos efectos y a criterios el Juzgado, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia del daño producido y el gran número de afectados.
- f) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales."

2.- La demanda fue presentada el 23 de enero de 2013 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, se registró con el núm. 47/2013. Una vez admitida a trámite, se citó a las partes para la celebración del juicio.

3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid dictó sentencia n.º 151/2014, de 17 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por la procuradora Sra. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS (ASUADEFIN), frente a la entidad BANKINTER, S.A., DEBO:

- a) Declarar la nulidad absoluta de las condiciones generales analizadas en la presente sentencia, incluidas en los contratos denominados comercialmente "CLIPS" e "INTERCAMBIOS", en concreto los "CONTRATOS DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", los "CLIP HIPOTECARIOS ÓPTIMOS" y los "CONTRATOS DE INTERCAMBIOS DE TIPOS/CUOTAS";
- b) Condene a la entidad BANKINTER a cesar en el uso de dichas condiciones generales;
- c) Condene a la entidad BANKINTER a publicar el fallo de esta sentencia en al menos dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el art. 21 de la Ley 7/1988 de Condiciones Generales de la Contratación y en el art. 221.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil;
- d) Una vez firme la presente sentencia, se dirigirá mandamiento de inscripción de la Sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con arreglo a lo previsto en los artículos 11.3 y 22 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación; y



e) Una vez firme la sentencia, se impondrá, de acuerdo con el artículo 711.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una multa coercitiva de 100 euros por día de retraso en la ejecución de la resolución habida cuenta la naturaleza e importancia del daño producido y el gran número de afectados.

f) Se condena a la demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros (ASUAPEDEFIN) y Bankinter S.A.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 542/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"I.- Estimamos en parte el recurso de apelación planteado por la representación de BANKINTER SA contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el proceso nº 47/2013, por lo que revocamos, también en parte, la mentada resolución judicial.

"II.- Modificamos el fallo de la resolución apelada para que conste en ella la estimación de la demanda planteada por ASUAPEDEFIN, actualmente ASUFIN, contra BANKINTER SA, lo es de carácter parcial.

"III.- Modificamos el pronunciamiento de la letra a del fallo de la sentencia apelada, que queda sustituido por el siguiente:

1.- Declaramos la nulidad de la cláusula que prevé la facultad unilateral de resolución por parte del banco, contenida en la estipulación 6 del formulario modelo para contrato de intercambio (documento nº 3.1 de la demanda).

2.- Declaramos la nulidad del expositivo II, de la cláusula 5 (revocación de la oferta, reiterada en el condicionado particular) y de la cláusula 6 (en lo relativo a la regulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco) del formulario modelo para contrato de gestión de riesgos financieros (documentos nº 3.2 y 3.3 de la demanda).

3.- Declaramos la nulidad de la cláusula de revocación de la oferta contenida en la estipulación 1 y de la estipulación 7 (en lo relativo a la regulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco) del formulario modelo para contrato clip hipotecario (documento nº 3.4 de la demanda).

4.- Desestimamos la impugnación planteada contra el resto de las cláusulas referidas en la demanda.

"IV. Modificamos el pronunciamiento de la letra f del fallo de la sentencia, que queda sustituido por el de que no procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de la primera instancia.

"V.- Confirmamos los pronunciamientos contenidos en las letras b, c, d y e del fallo de la referida sentencia.

"VI.- No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas del recurso interpuesto por BANKINTER SA.

"VII.- Desestimamos el recurso de apelación planteado por la representación de la asociación ASUFIN (antes ASUAPEDEFIN) contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el proceso nº 47/2013. E imponemos a dicha recurrente las costas derivadas de su recurso".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro, en representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Financieros (ASUFIN), interpuso recurso casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Por infracción, de la doctrina sobre el control abstracto de transparencia recogido en la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en relación con la aplicación de los artículos 5 a 10 y 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos de consumidores de la que proviene la norma española, en particular en sus artículos 4, 5, 6 y 7; y la jurisprudencia vinculante del TJUE sobre esta cuestión".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Usuarios de Servicios Financieros (Asufin) contra la sentencia dictada, el 24 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial



de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 542/2015, dimanante del juicio verbal n.º 47/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

El Ministerio Fiscal presentó escrito en el que manifestó que, conforme al art. 15.1 LEC y las Circulares FGE 2/2010, de 19 de noviembre, y 2/2018, de 1 de junio, no iba a dictaminar el recurso de casación.

4.- Por providencia de 22 de junio de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de julio de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- La Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros (ASUAPEDEFIN, actualmente ASUFIN) ejerció una acción colectiva en la que solicitaba que, previa su declaración de nulidad, se ordenase a Bankinter S.A. que cesara en el uso de determinadas condiciones generales de la contratación que aparecían incluidas en una serie de contratos uniformes de permuta financiera de tipos de interés, que habían sido predispuestas por Bankinter.

En función de cada condición general de la contratación, se postulaba que algunas eran incomprensibles, no se ajustaban a la normativa sectorial, no eran transparentes o resultaban abusivas.

En concreto, las cláusulas impugnadas lo eran de cuatro contratos modelo:

1) El formulario para contrato de intercambio, del que se impugnaban las estipulaciones 1ª (objeto), 4ª (cargos y abonos), 6ª (cancelación anticipada y facultad del banco para su resolución), 8ª (cesión de la posición contractual) y 14ª (datos particulares).

2) El formulario para contrato de gestión de riesgos financieros, que la demandada comercializó hasta 2008, del que se rebatían el expositivo II (información de riesgos) y las cláusulas 3ª (fórmula de gestión de riesgos), 5ª (revocación de la oferta), 6ª (cancelación anticipada y facultad del banco para su resolución), 9ª (cesión de la posición contractual) y el condicionado particular.

3) El formulario para contrato de clip hipotecario, comercializado en 2008, del que se cuestionaban las estipulaciones 1ª (objeto), 4ª (cargos y abonos), 6ª (cancelación anticipada), 7ª (facultad del banco para su resolución), 9ª (cesión de la posición contractual) y el cuadro de declaraciones obrante al pie del impreso.

4) El formulario para contrato de gestión de riesgos de tipo de interés, comercializado a partir de 2010, del que se discutían la cláusula 3ª (revocación de la oferta), 8ª (cancelación), 12ª (cesión de la posición contractual) y los test insertos en el modelo.

2.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de todas las condiciones generales de la contratación cuestionadas. Y negó que procediera la nulidad de la totalidad de los contratos que las albergaban.

3.- Recurrida en apelación la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de ASUFIN y estimó en parte el de Bankinter, por lo que revocó en parte la sentencia de primera instancia, a fin de: (i) declarar la nulidad de la cláusula que prevé la facultad unilateral de resolución por parte del banco, contenida en la estipulación 6ª del formulario modelo para contrato de intercambio; (ii) declarar la nulidad del expositivo II, de la cláusula 5ª (revocación de la oferta, reiterada en el condicionado particular) y de la cláusula 6ª (en lo relativo a la regulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco) del formulario modelo para contrato de gestión de riesgos financieros; (iii) declarar la nulidad de la cláusula de revocación de la oferta contenida en la estipulación 1ª y de la estipulación 7ª (en lo relativo a la regulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco) del formulario modelo para el contrato de clip hipotecario; (iv) desestimar las impugnaciones planteadas contra el resto de las cláusulas referidas en la demanda; (v) confirmar la desestimación de la pretensión de nulidad de todos los contratos.

4.- ASUFIN ha interpuesto un recurso de casación contra dicha sentencia.

SEGUNDO.- *Único motivo de casación. Planteamiento. Aclaraciones sobre su contenido. Admisibilidad parcial*

1.- El recurso de casación se formula con un único motivo, que denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el control abstracto de transparencia recogido en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en relación con los arts. 5 a 10 y 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), los arts. 4, 5, 6 y 7 de



la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores; y la jurisprudencia del TJUE plasmada en las SSTJUE C26/13, C-186/16, C-472/10, C-484/08, C-92/11 y C-154/15.

2.- El motivo denuncia, resumidamente, que la sentencia recurrida niega la posibilidad de realizar un control abstracto de transparencia en el marco de una acción colectiva, cuando se enjuician comportamientos generales de la entidad predisponente en el proceso de comercialización y diseño del contrato.

3.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, ha alegado su inadmisibilidad, por carecer de interés casacional, por tratarse de un mero escrito de alegaciones que no identifica las infracciones cometidas, por no identificar la jurisprudencia que solicita que fije la sala y por entremezclar alegaciones procesales y sustantivas.

Respecto del interés casacional, el recurso identifica una sentencia de pleno de esta sala que considera que ha sido contradicha por la sentencia recurrida y argumenta en qué consiste la supuesta contradicción. Lo que resulta suficiente a efectos de justificar este cauce de acceso al recurso de casación.

Ahora bien, el interés casacional lo reside en la cuestión jurídica muy concreta, que es si, respecto de las condiciones generales señaladas, se puede hacer un control de transparencia concreto, dado que lo que se ejercita es una acción colectiva de cesación y no una acción individual de nulidad.

Eso es lo único que la parte invoca como interés casacional, con cita de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo. Y solamente eso es lo que procede que resuelva esta sala. El resto de alegaciones del extenso recurso de casación que, como dice la parte recurrida, son más propias de un escrito de alegaciones o de una tercera instancia, puesto que únicamente muestran la discrepancia de la parte con las conclusiones de la Audiencia Provincial, se refieren a cuestiones que no han sido objeto de impugnación expresa por interés casacional: la calificación de determinadas cláusulas como condiciones generales o como condiciones particulares; y las consideraciones de la sentencia recurrida sobre la superación del control de incorporación o la ausencia de abusividad. Para combatir tales pronunciamientos deberían haberse formulado los correspondientes motivos a ello dirigidos y no ampararse en el paraguas de un único motivo que solo denuncia la supuesta contradicción con la jurisprudencia en el específico problema del ámbito de conocimiento de la acción colectiva de cesación.

En cuanto a la pretensión de que se declare la nulidad de todos los contratos y no solamente de las cláusulas combatidas, dicha petición no fue formulada en la demanda, por lo que supone una *mutatio libelli* (cambio de la demanda o de la pretensión) prohibida por el art. 412 LEC. Así lo entendió correctamente la Audiencia Provincial y así ha de ser mantenido. Por lo que tampoco será objeto de tratamiento en esta sentencia.

TERCERO.- *El ámbito de conocimiento y decisión en las acciones colectivas sobre condiciones generales de la contratación*

1.- Como recuerda la sentencia 566/2019, de 25 de octubre, el ejercicio de una acción colectiva tiene como presupuesto que en el proceso no se hacen valer derechos o intereses de titularidad del demandante, sino de terceros ajenos, en este caso, los consumidores. En tales supuestos, la titularidad de la acción se atribuye legalmente a determinados sujetos, no porque hayan visto perjudicada su posición jurídica como consecuencia de un hecho dañoso para los consumidores, sino porque ostentan una cierta "representatividad" en este sector de la vida económica y social. Es por ello que la acción colectiva no se refiere a relaciones contractuales concretas, sino a clausulados genéricos predispuestos, con independencia de su efectiva utilización.

2.- El art. 12.2 LCGC establece:

"La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

"A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones".

La acción de cesación se configura, pues, como una tutela colectiva típica, dentro de la que se incluye también la petición de condena de prohibición (abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo) y se permite la inclusión de la petición accesoria de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado indebidamente en virtud de las condiciones declaradas nulas, así como la indemnización de daños y perjuicios causados por su aplicación.

Del propio tenor literal del art. 12.2 LCGC se colige que el objetivo de la acción de cesación no es la declaración de nulidad de las condiciones generales contra las que se dirige, sino la condena a eliminarlas y la prohibición de volver a utilizarlas (STC 96/2012, de 7 de mayo). Por ello, los legitimados para su ejercicio no son los concretos contratantes, sino los organismos o entidades reseñadas en el art. 16 LCGC.



A su vez, como consecuencia de la condena a la eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas, la sentencia deberá determinar o aclarar, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz, es decir, que queda subsistente.

Dicho de otra manera, el art. 12.2 LCGC define la acción de cesación como una acción colectiva cuyo fin principal no es la defensa de intereses de personas concretas, sino la erradicación de las cláusulas nulas, con lo que protege y ampara intereses colectivos que trascienden a los individuales de un contratante determinado.

3.- En el ámbito específico de la protección de los consumidores y usuarios, la Ley 39/2002 añadió el art. 10 ter a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 e introdujo una específica acción de cesación. Tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), la acción de cesación se recoge en su art. 53.

Aunque hay algunas diferencias entre la configuración de las acciones de cesación en la LCGC y en la LGDCU, no afectan a la concepción que hemos expuesto anteriormente, como declaró la sentencia 241/2013, de 9 de mayo (fundamento jurídico 17º, apartado 281):

"[I]a Ley de enjuiciamiento civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (ex art. 53 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios)".

4.- En la acción de cesación, en tanto que colectiva, se pretende un control abstracto, por lo que puede tener un carácter eminentemente preventivo, en la medida en que permite controlar la actividad del predisponente en el momento de la elaboración o adopción de la condición general, incluso antes de que sea efectiva su incorporación a la pluralidad de contratos a que va destinada. De modo que esta acción opera como si la cláusula enjuiciada tuviera un carácter normativo, autónomo, al margen del acuerdo de voluntades en que se inserta, en cuanto tiene, como condición general, vocación de generalidad.

El control abstracto se hace al margen tanto de la información particularizada sobre el alcance y contenido de la cláusula que haya podido recibir el adherente con carácter previo a la suscripción del contrato, como del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera.

El carácter preventivo y abstracto de la acción de cesación, diferente al control individual sobre los contratos efectivamente celebrados, ha sido resaltado por la jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, sentencia de 28 de julio de 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*).

Más específicamente, la STJCE de 9 de septiembre de 2004, C-70/03, *Comisión Europea contra España*, declaró:

"La distinción que establece el artículo 5 de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores".

Y la STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14, *Sales Sinués*, y C-385/14, *Youssef Drame*, estableció:

"Debe añadirse que el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse tales acciones aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados (sentencia de 26 de abril de 2012, *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, apartado 37).

"Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes".



5.- Es cierto que en la sentencia que se invoca en el recurso de casación, 241/2013, de 9 de mayo, y en alguna otra, como la 138/2015, de 24 de marzo, hemos mantenido que, respecto de las cláusulas suelo, no es incompatible el control abstracto propio de las acciones colectivas con la ponderación de circunstancias concretas relativas al grado de consciencia del consumidor sobre la carga jurídica y económica de dicha cláusula. Conforme a estas resoluciones, "el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia)". Y justifican la posibilidad de este control abstracto mediante una acción colectiva, "por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa".

Pero, al igual que sucede con otras circunstancias específicas de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés, como, por ejemplo, que respecto de ellas la falta de transparencia conlleve la abusividad, lo que no sucede respecto de otro tipo de condiciones generales (sentencias 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; y 121/2020, de 24 de febrero), las conclusiones de tales sentencias 241/2013 y 138/2015 no son extrapolables a clausulados más complejos, como los que son objeto de este litigio, y como con todo acierto aprecia la Audiencia Provincial.

6.- En efecto, hay circunstancias propias del marco contractual, como la forma habitual de negociación, la intervención de un fedatario público o la adaptación a normas administrativas bancarias de transparencia, que pueden ser tenidas en cuenta para decidir sobre la transparencia de una cláusula en un control abstracto; y eso es lo que sucede con las denominadas cláusulas suelo. Pero fuera de esos elementos externos, en un control abstracto es imposible tomar en consideración las circunstancias individuales y concretas que han concurrido en cada contrato.

Los contratos de permuta financiera de intereses o swap son contratos financieros complejos, sometidos a la normativa del Mercado de Valores (MiFID) que nada tienen que ver con clausulados mucho más sencillos como los relativos a la limitación de la variabilidad del tipo de interés. De hecho, en la práctica de los tribunales suele ser más frecuente enjuiciar este tipo de contratos desde el punto de vista de la citada normativa MiFID y no desde la óptica de la protección de los consumidores. Así, verbigracia, en la sentencia 131/2017, de 27 de febrero, declaramos:

"Realmente, lo que se plantea en el motivo es un problema conexo con la transparencia, que es la suficiencia de la información ofrecida al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero ofertado por la entidad de servicios de inversión. Pero dicha cuestión no tiene su genuino campo de tratamiento en sede de condiciones generales de la contratación, sino en la normativa del mercado de valores, y específicamente [...] en la normativa MiFID".

7.- El enjuiciamiento propio de las acciones colectivas se adapta muy bien a los controles de incorporación y también de contenido, pues aquello que en un caso u otro determina la no inclusión o la abusividad es fácilmente predicable con carácter general de todos los contratos en los que se haya incluido esa cláusula. El carácter no incorporable de una cláusula que, por la forma en que está redactada, no resulta clara y comprensible, o el carácter abusivo de una condición general que, por su propio contenido, en contra de las exigencias de la buena fe, provoca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, son fácilmente apreciables mediante una acción colectiva, pues lo que determina en cada caso su indebida incorporación o su abusividad es predicable con carácter general de todos los contratos en que se hayan incluido esas cláusulas. Es ciertamente difícil que en la contratación individual surjan circunstancias especiales que excluyan la vinculación del juicio generalizado realizado mediante una acción colectiva, fuera de la negociación individual que por sí misma provocaría la inaplicación del control de abusividad.

Pero no sucede lo mismo cuando la acción colectiva pretende que se realice un control de transparencia. La insistencia del TJUE en la necesidad de atender a las concretas circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y, lo que es más importante, la trascendencia de la información precontractual, reducen considerablemente los supuestos en que pueda apreciarse la falta de transparencia en una acción colectiva.

En todo caso, debería basarse en la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de ese tipo de contratos que, por sí mismas, determinarían la falta de transparencia, esto es, el incumplimiento de un deber de información precontractual. Desde el momento en que esta información no es sólo documental y, además, aunque se atiende al parámetro del consumidor medio, puede influir un determinado perfil del cliente que, sin dejar de ser consumidor, aparece necesariamente como conocedor de



esa realidad contractual, resulta muy difícil llegar a concluir que con carácter general una determinada entidad financiera comercializó con falta de transparencia un producto.

8.- Los parámetros establecidos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en la que se basa el recurso de casación, para el enjuiciamiento de una acción colectiva sobre cláusulas suelo, no pueden ser entronizados como reglas absolutas de valoración de todo tipo de condiciones generales. Así lo advertimos, por ejemplo, en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, al examinar las cláusulas de interés variable IRPH, o en la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios.

Debe tenerse en cuenta que la acción colectiva restringe lo que puede ser objeto de prueba a lo que puede apreciarse de forma generalizada. Lo que es difícilmente conciliable con realidades contractuales complejas en cuya gestación y perfección confluyen múltiples factores individuales (no generalizables), como el nivel de conocimientos previos del adherente, su experiencia financiera o sus intenciones sobre la asunción de riesgos en la inversión.

9.- Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida ni se aparta de la jurisprudencia de esta sala, ni desconoce la naturaleza de la acción colectiva de cesación.

En consonancia con lo expuesto, descarta que puedan aplicarse automáticamente a condiciones generales propias de contratos de permuta de intereses las mismas reglas de apreciación de la transparencia que a las cláusulas suelo.

Resalta, con acierto, que la parte demandante confunde transparencia y abusividad, pues la falta de transparencia es la antesala del control de abusividad respecto de los elementos esenciales del contrato - precio y prestación- (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matej*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*). *Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo ; 538/2019, de 11 de octubre; y 121/2020, de 24 de febrero).*

Y considera que es imposible realizar un control abstracto de transparencia respecto de unas cláusulas que requieren un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada contrato. Lo que entronca plenamente con la propia naturaleza casuística de la contratación de productos financieros complejos, en la que influye la categorización del cliente, su experiencia previa, su nivel de conocimientos financieros y su disposición a la asunción de riesgos, hasta el punto de que antes de la contratación deben realizarse unos test -conveniencia e idoneidad- dirigidos a constatar tales circunstancias en cada caso individual.

Así, por ejemplo, destaca la sentencia recurrida que no es exigible de manera imperativa que en las condiciones generales conste el coste de cancelación, cuando ese dato no puede conocerse a priori. Y eso mismo lo ha establecido esta sala respecto de los contratos de swap, al decir que lo exigible es que se advierta de un posible elevado coste de cancelación, no que se cuantifique anticipadamente el mismo en el contrato (sentencias 491/2015, de 15 de septiembre; 669/2015, de 25 de noviembre; y 138/2017, de 1 de marzo).

Tampoco cabe hacer un control abstracto sobre la ausencia de unas hipotéticas simulaciones de evolución de los tipos de intereses, pues ello tendría sentido en cada contrato en particular, en función de su fecha y duración, pero no puede controlarse preventivamente una simulación atemporal.

Igualmente carece de sentido hacer un control abstracto respecto de los tipos ofrecidos, cuando ello dependerá de cada contrato de permuta, o de los denominados "contratos espejo", que también serán diferentes en cada relación contractual.

10.- No puede negarse que sea posible realizar un control de transparencia con ocasión de una acción colectiva, pero sí cabe advertir que, por la reseñada evolución jurisprudencial del TJUE (verbigracia, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; 21 de diciembre de 2016, C-154/15, *Gutiérrez Naranjo*; 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*; ó 7 de noviembre de 2019, C-419/18, *Credit Polska*), su admisibilidad queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia y dejen poco margen a concluir que se hayan podido incumplir las exigencias de información previa.

A ello se suma, en este caso, que, sin perjuicio de que la normativa de consumidores pueda ofrecer un determinado nivel de protección a los inversores en productos financieros complejos, el marco jurídico propio de protección de la clientela ante una indebida comercialización de estos productos es el de la normativa del mercado de valores, engarzada con la regulación civil de los vicios del consentimiento contractual.

11.- Por todo ello, el recurso de casación debe ser desestimado.



CUARTO.- Costas y depósitos

- 1.- Al haberse desestimado el recurso de casación, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por él, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC.
- 2.- Igualmente, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

- 1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por ASUFIN contra la sentencia núm. 387/2017, de 24 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª), en el Recurso de Apelación núm. 542/2015.
- 2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.