



Roj: **SAP M 12842/2018 - ECLI: ES:APM:2018:12842**

Id Cendoj: **28079370282018100409**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **764/2016**

Nº de Resolución: **603/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Audiencia Provincial Civil de Madrid**

#### **Sección Vigésimoctava (de lo mercantil)**

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.47.2-2010/0010543

#### **Rollo de apelación nº 764/2016**

- **Materia** : Condiciones generales de la contratación, cláusula suelo, control de transparencia, acciones colectivas.

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 471/2010

**APELANTES-APELADOS::** D./Dña. Valle

PROCURADOR D./Dña. ANA VILLA RUANO,

LETRADO D. HERMINIO RAMIREZ MERINO

D./Dña. Zaida

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESPERANZA ALVARO MATEO,

LETRADO D. JOSE ANTONIO BETES

D./Dña. Plácido y OPTICA CLARAVISION SL

PROCURADOR D./Dña. MARIA ALBARRACIN PASCUAL,

LETRADA Dña. VERONICA RIOS

D./Dña. Ramón y D./Dña. Ricardo

PROCURADOR D./Dña. ALVARO FRANCISCO ARANA MORO,

LETRADO D. ALBERTO PRIETO SANCHEZ

D./Dña. Rosendo , D./Dña. Sabino y D./Dña. Almudena

PROCURADOR D./Dña. BLANCA MURILLO DE LA CUADRA,

LETRADA Dña. MARTA MARIA HERRERO

ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) Y OTROS



PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL MAR DE VILLA MOLINA,  
LETRADO D. ADRIAN REBOLLO  
D./Dña. Víctor Y OTROS  
PROCURADOR D./Dña. NURIA ROMAN MASEDO,  
LETRADO D. ADRIAN REBOLLO  
BANCO CAMINOS SA  
PROCURADOR D./Dña. FERNANDO GARCIA DE LA CRUZ ROMERAL,  
LETRADO D. PEDRO HIERRO HERNANDEZ MORA  
D./Dña. Jose Francisco  
PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA,  
LETRADO D. ORLANDO CACERES  
BANCO DE SABADELL S.A.  
PROCURADOR D./Dña. BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO,  
LETRADO D. JORDI CALVO  
BANCO POPULAR-E, S.A., BANCO PASTOR S.A, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y TARGOBANK SA  
PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ,  
LETRADO D. JESUS PEREZ DE LA CRUZ  
D./Dña. Daniela  
PROCURADOR D./Dña. FERNANDO ANAYA GARCIA,  
LETRADO D. PABLO MAYOR GUZMAN  
CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT  
PROCURADOR D./Dña. ISIDRO ORQUIN CEDENILLA  
D./Dña. Eva  
PROCURADOR D./Dña. MANUEL DIAZ ALFONSO  
CAJA LABORAL POPULAR COOPERATIVA DE CREDITO y CAJA RURAL DE ASTURIAS, S.C.C.  
PROCURADOR D./Dña. MARIA DE LA CONCEPCION MORENO DE BARREDA ROVIRA  
CAJA RURAL DE CASTILLA LA MANCHA, CAJA RURAL DE SORIA, CAJA RURAL DE NAVARRA, CAJA RURAL DE  
TERUEL, CAIXA RURAL GALLEGA, CAJASIEETE CAJA RURAL, S.C.C., CAJA RURAL DE ALMENDRALEJO, S.C.C.,  
PROCURADOR D./Dña. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL, LETRADO D. JULIO PERNAS y D.  
PEDRO J. GARCIA ROMERO  
IBERCAJA BANCO, S.A.  
PROCURADOR D./Dña. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO,  
LETRADO Dña. ELENA GONZALEZ ADALID  
BANCA PUEYO, S.A.  
PROCURADOR D./Dña. JOSE JOAQUIN NUÑEZ ARMENDARIZ,  
LETRADO D. DANIEL MACHADO  
BANCA MARCH, S.A.  
PROCURADOR D./Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIERE FDEZ,  
LETRADO D. DANIEL MACHADO  
**APELADOS-IMPUGNANTES:** D./Dña. Leonor  
PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ANGEL APARICIO URCIA,



LETRADO D. JOSE LUIS BLASCO

BANCO DE CASTILLA LA MANCHA, S.A.

PROCURADOR D./Dña. ROBERTO PRIMITIVO GRANIZO PALOMEQUE,

LETRADO D. CARLOS CALVO GUTIERREZ

LIBERBANK

PROCURADOR D./Dña. ROBERTO PRIMITIVO GRANIZO PALOMEQUE,

LETRADO D. CARLOS CALVO GUTIERREZ

BANKIA, S.A.

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL,

LETRADO Dña. MARIA JOSE COSMEA

D./Dña. Cipriano , DON Clemente , DON David Y OTROS

PROCURADOR D./Dña. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ,

LETRADO Dña. ANA MARIA OZONO

CAJA DE ARQUITECTOS, S.C.C., CAJA RURAL CENTRAL, S.C.C., CAJA RURAL DE GRANADA, S.C.C., NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN, S.C.C. (BANTIERRA), CAJA RURAL DE EXTREMADURA, CAJA RURAL DEL SUR, S.C.C., BANCO MARE NOSTRUM, S.A., UNICAJA BANCO, S.A., BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A. (BANCO CEISS), CAJA RURAL DE ZAMORA, S.C.C., CAJA RURAL DE JAEN, BARCELONA Y MADRID, S.C.C., CAJA RURAL DE EXTREMADURA, S.C.C., CAJA RURAL DE ALBACETE, CIUDAD REAL Y CUENCA, S.C.C.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DE LA CONCEPCION MORENO DE BARREDA ROVIRA, LETRADO Dña. ESTEFANIA PORTILLO,

D. FERNANDO GRAGERA, D. RAFAEL MONSALVE, D. JORGE CAPELL

UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO, E.F.C., S.A. (CREDIFIMO)

PROCURADOR D./Dña. GERMAN MARINA GRIMAU,

LETRADO D. RAFAEL MONSALVE

CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER,

LETRADO D. EZEQUIEL MIRANDA

**APELADOS:** CAJASUR BANCO, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. GERARDO TEJEDOR VILAR,

LETRADO D. FRANCISCO DE ASIS PANIAGUA

CATALUNYA BANC SA (Ahora BBVA)

PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN,

LETRADO D. JORGE CAPELL y D. JOSE PEREZ DE LA CRUZ

CAJA RURAL DE BURGOS, FUENTEPELAYO, SEGOVIA Y CASTELLDANS, S.C.C.

PROCURADOR D./Dña. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL,

LETRADO D. JULIO PERNAS y D. PEDRO J. GARCIA ROMERO

CAJA RURAL DE GUISSONA SCCL

PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES MORENO GOMEZ

ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.

PROCURADOR D./Dña. RAFAEL SILVA LOPEZ,

LETRADO D. JESUS PEREZ DE LA CRUZ



KUTXABANK

PROCURADOR D./Dña. ANA PRIETO LARA-BARAHONA

BARCLAYS BANK, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

CELERIS

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO,

LETRADO Dña. SONIA GONZÁLEZ

D./Dña. Agustín

PROCURADOR D./Dña. VIRGILIO JOSE NAVARRO CERRILLO

D./Dña. Avelino

PROCURADOR D./Dña. JOSE RAFAEL ROS FERNANDEZ

D./Dña. Belen

PROCURADOR D./Dña. FERNANDO ANAYA GARCIA

D./Dña. Brigida

PROCURADOR D./Dña. JOSE ENRIQUE RIOS FERNANDEZ,

LETRADA Dña. VERONICA RIOS

### **SENTENCIA N° 603/2018**

*Ilmos Srs. Magistrados:*

D. Ángel Galgo Peco

D. Enrique García García

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 12 de noviembre de 2018.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 764/2016, los autos de Procedimiento Ordinario número 471/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor:

" **1. Se estima parcialmente** la demanda interpuesta por Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE), D. Víctor Y OTROS, D. Casimiro Y OTROS, OPTICA CLARAVISION, D. Constancio Y D. Ricardo , Dña. Belen , Dña. Valle , Dña. Brigida , Dña Rebeca Y D. Rosendo , D. Jose Francisco , Dña. Eva , Dña. Leonor , Dña. Zaida Y D. Maximo **frente a** LIBERBANK Y BANCO CASTILLA LA MANCHA , CAIXABANK SA Y BARCLAYS, KUTXABANK, CAJASUR,S.A, CAJA DE ONTIYENT, CAJA RURAL DE ZAMORA, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE EXTREMADURA, CAJA SAN VICENTE FERRER, BANCO MARE NOSTRUM, CAJA RURAL DE BETXI, CAJA RURAL CENTRAL, CAJA RURAL DE JAEN, UNICAJA, CEISS, CAJA RURAL DE TORRENT, IPAR KUTXA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE ALBACETE (GLOBAL CAJA), NUEVA CAJA RURAL DE ARAGON (BANTIERRA), CAJA DE ARQUITECTOS, CAJASIETE, CAJA SORIA, CAJA ALMENDRALEJO, CAJA RURAL DE TERUEL, CAJA RURAL GALLEGA, CAJA RURAL NAVARRA, CAJA RURAL DE CASTILLA LA MANCHA, CAJA RURAL DE BURGOS, CATALUYA BANK SA Y BANCO ETCHEVERRIA, BANKIA, BANCO SABADELL SA, BANCA PUEYO, BANCO CAMINOS SA, IBERCAJA, BANCA MARCH, BANCO SANTANDER, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, TARGOBANK Y BANCO POPULAR- E, CREDIFIMO S.L. Y CELERIS y en consecuencia:



a) Se declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores idénticas a las transcritas en el punto 1.3 del primer fundamento jurídico de la presente resolución, por falta de transparencia.

b) Se condena a las entidades bancarias demandadas a eliminar las citadas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización de forma no transparente.

c) Se declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las entidades bancarias demandadas en los que se haya incluido las cláusulas cuya utilización se ordena cesar.

d) Se condena a las entidades bancarias demandadas a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con los intereses que legalmente correspondan.

Sin expresa condena en costas.

**2. Se desestima íntegramente** la demanda presentada por ADICAE y otros contra las mercantiles BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNIDAS, sin expresa condena en costas".

(2).- Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación Dña. Valle, Dña. Zaida, D. Plácido y OPTICA CLARAVISION SL, D. Ramón y D./Dña. Ricardo, D. Rosendo, D. Sabino y Dña. Almudena, ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) Y OTROS, D. Víctor Y OTROS, BANCO CAMINOS SA, D. Jose Francisco, BANCO DE SABADELL S.A., BANCO POPULAR-E, S.A., BANCO PASTOR S.A, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y TARGOBANK SA, Dña. Daniela, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, Dña. Eva, CAJA LABORAL POPULAR COOPERATIVA DE CREDITO y CAJA RURAL DE ASTURIAS, S.C.C., CAJA RURAL DE CASTILLA LA MANCHA, CAJA RURAL DE SORIA, CAJA RURAL DE NAVARRA, CAJA RURAL DE TERUEL, CAIXA RURAL GALEGA, CAJASiete CAJA RURAL, S.C.C., CAJA RURAL DE ALMENDRALEJO, S.C.C., IBERCAJA BANCO, S.A., BANCA PUEYO, S.A., BANCA MARCH, S.A. y, evacuado el traslado correspondiente, se presentaron escritos de oposición e impugnación de la referida Sentencia por Dña. Leonor, BANCO DE CASTILLA LA MANCHA, S.A., LIBERBANK, BANKIA, S.A., D. Cipriano, DON Clemente, DON David Y OTROS, CAJA DE ARQUITECTOS, S.C.C., CAJA RURAL CENTRAL, S.C.C., CAJA RURAL DE GRANADA, S.C.C., NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN, S.C.C. (BANTIERRA), CAJA RURAL DE EXTREMADURA, CAJA RURAL DEL SUR, S.C.C., BANCO MARE NOSTRUM, S.A., UNICAJA BANCO, S.A., BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A. (BANCO CEISS), CAJA RURAL DE ZAMORA, S.C.C., CAJA RURAL DE JAEN, BARCELONA Y MADRID, S.C.C., CAJA RURAL DE EXTREMADURA, S.C.C., CAJA RURAL DE ALBACETE, CIUDAD REAL Y CUENCA, S.C.C., UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO, E.F.C., S.A. (CREDIFIMO), y CAIXABANK SA, así como de oposición por CAJASUR BANCO, S.A.U., CATALUNYA BANC SA (Ahora BBVA), CAJA RURAL DE BURGOS, FUENTEPELAYO, SEGOVIA Y CASTELLDANS, S.C.C., CAJA RURAL DE GUISSONA SCCL, ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., KUTXABANK, BARCLAYS BANK, S.A.U., CELERIS, D. Agustín, D. Avelino y Otros, Dña. Belen y Dña. Brigida, y tramitado el procedimiento en legal forma, se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 29 de octubre de 2018.

(3).- El 18 de Junio de 2018 se dictó Decreto declarando la terminación y archivo del presente recurso de apelación respecto de la parte apelante-apelada CAJA RURAL DE ALMENDRALEJO, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, por satisfacción extraprocesal de las pretensiones deducidas en el mismo.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Contexto de la controversia en primera instancia.

(1).- Se presentó escrito de demanda por ADICAE, como parte actora, con diversas intervenciones adhesivas de particulares, frente a ciento una entidades de crédito, partes demandadas, en la que se deducían, acumuladamente, acciones colectivas de cesación de condiciones generales de la contratación, frente al tipo de estipulación denominado cláusula suelo, para su declaración de nulidad y orden de cese en el uso, con la pretensión accesoria de devolución de cantidades cobradas a los consumidores por aplicación de la misma, y acción declarativa de la naturaleza de condición general de la contratación. Ello dio lugar al proceso seguido como Juicio Ordinario ante el Juzgado Mercantil Nº 11 de Madrid, en el que se dictó Sentencia con los pronunciamientos del Fallo que pueden sintetizarse de la forma siguiente:



(i).- Se estima parcialmente la demanda de ADICAE, y se declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, de las entidades objeto de demanda.

(ii).- Se condena a las entidades bancarias afectadas a eliminar las citadas cláusulas de los contratos y a cesar en la utilización de las mismas de forma no transparente.

(iii).- Se declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las entidades bancarias, contratos afectados por la nulidad de dicha cláusula.

(iv).- Se condena a las entidades bancarias afectadas a la devolución a favor de los consumidores perjudicados, de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de dichas cláusulas, a partir de la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

(v).- Se desestiman el resto de pretensiones de la demanda, en particular, la acción colectiva de declaración de condición general de la contratación.

(vi).- No procede imposición de condena en costas para ninguna de las partes procesales.

**(2).**- Para ello, la Sentencia ahora apelada se basa, resumida y esencialmente, en los siguientes fundamentos y conclusiones:

(i).- Por parte de ADICAE se ejercitan acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación, dirigidas contra aquel tipo de estipulación inserta en préstamos con garantía hipotecaria firmados con consumidores, que establece una limitación a la baja del margen de fluctuación del tipo de interés remuneratorio del préstamo, pactado como variable, con el efecto de topar así su descenso, conocida en la práctica bajo la denominación común de cláusula suelo, todas ellas identificables en las escrituras públicas de contratos correspondientes a las entidades bancarias demandadas.

(ii).- En la demanda de acción colectiva se ha mantenido que es público y notorio que por los bancos demandados se comercializan tales préstamos como a interés variable, con ventajas en su coste para el consumidor frente a préstamos a interés fijo, más elevado que el variable, de acuerdo con la publicidad llevada a cabo en el mercado. Pero tales entidades, señala la demanda, actuaron con engaño frente al consumidor, al introducir inadvertidamente las cláusulas suelo en los préstamos a interés variable, en un momento en que podían prever el descenso del índice de referencia del interés que generalmente utilizaban, el denominado Euribor. Con ello, se ha ocasionado un desequilibrio para el consumidor afectado, al alterar la reciprocidad en las cargas que el contratante preveía asumir al momento de la formalización de dicho contrato; y su inclusión supone un elemento de ambigüedad y oscuridad en el cumplimiento del contrato, particularmente respecto de la perspectiva de estar firmando un préstamo a interés variable realmente. Por lo demás, señala tal escrito de demanda, se evidencia una desproporción entre el suelo y el techo fijados en el pacto, o en otras ocasiones se presentaba tal estipulación como un seguro a favor del consumidor, lo que genera un desequilibrio en contra de dicho consumidor, constitutivo de la abusividad de tal tipo de pacto.

(iii).- De acuerdo con los arts. 11 LEC y 16 LCGC, ADICAE está legitimada para el ejercicio de estas acciones colectivas, conforme a su estatus de asociación de consumidores legalmente constituida a tal fin. Además, en este caso se ejercitan esas acciones en defensa de intereses supraindividuales, acciones de naturaleza colectiva, sin que se deduzcan acciones individuales en el presente litigio, ni aun de forma acumulada a las colectivas.

(iv).- Los particulares actúan en este proceso en calidad de intervinientes adhesivos, en los términos de los arts. 13 y 15 LEC, en defensa de las pretensiones formuladas por su litisconsorte principal, sin una posición autónoma más allá de la de refuerzo argumental de las acciones colectivas entabladas.

(v).- En las cláusulas suelo de las distintas entidades demandadas resultan reconocibles los rasgos esenciales para ser consideradas como condiciones generales de la contratación, como son su predisposición e imposición por una de las partes del contrato. Además, no existe inconveniente en que dicho carácter de condición general de la contratación sea predicable de pactos que se refieran a los elementos esenciales del objeto principal del contrato, como los destinados a fijar o conformar el precio de las prestaciones.

(vi).- Un primer control de transparencia consiste en la superación de las exigencias de incorporación de la cláusula al contrato, arts. 5 y 7 LCGC. Ello sustancialmente consiste en la advertibilidad por el consumidor de la existencia y presencia de la cláusula en el contrato que suscribe. En todo caso, las cláusulas objeto de examen de las entidades demandadas han superado dicho mero control de incorporación.

(vii).- Pero existe un control de transparencia reforzado o material, ya dentro del examen de contenido de las condiciones generales de la contratación, que incluso alcanza a cláusulas lícitas, como la suelo, y que afecten



al objeto principal del contrato. Dicho control de transparencia reforzado exige evidenciar al consumidor cuáles serán las consecuencias económicas para sus débitos futuros de la inclusión de dicha cláusula en su contrato, la manera en que tal pacto determinará los costes del contrato para él.

(viii).- Las cláusulas examinadas de las entidades bancarias demandadas se incluyen de manera que no es posible advertir por el consumidor cuál será su efecto económico sobre los débitos futuros de éste, por pasar desapercibidas tras un conjunto de pactos dedicados a otros extremos contractuales, amalgamadas en ocasiones con diferentes cuestiones, sin el debido tratamiento ni resalte. Por ello, no pueden ser consideradas transparentes, lo que genera de manera directa su declaración de nulidad, al resultar abusivas.

(ix).- En cuanto a la devolución de las cantidades percibidas por los bancos demandados por aplicación de dichas cláusulas, se ha de estar al tratamiento dado para ello por la reciente jurisprudencia, en el año 2015, y acordar su restitución pero solo de lo cobrado desde la fecha de publicación de la STS nº 241/2013 en adelante, no lo anterior.

(x).- No puede ser estimada la acción colectiva de declaración de constituir la estipulación tipo una condición general de la contratación, ya que no puede postularse solamente reconocimiento de tal naturaleza, sino que ha de pretenderse también la inscripción de la misma en el Registro correspondiente, lo que se ha obviado en demanda.

(xi).- La estimación de la acción de cesación conlleva la declaración de nulidad de las cláusulas atacadas y su extensión a todos los consumidores contratantes de las concretas entidades bancarias condenadas, de acuerdo con el carácter abstracto del control de transparencia realizado, con motivo del ejercicio de acciones colectivas. Este mismo efecto es el que se ha de predicar para los intervinientes en el proceso, toda vez que no se ejercitaban por ellos pretensiones propias e independientes.

(xii).- No debe proceder la publicación de la sentencia, toda vez que la nulidad no se justifica en la invalidez intrínseca de la cláusula suelo, la cual es válida en sí misma, sino que se asienta en su mera falta de transparencia, en cuanto a su forma de uso, por lo que no serviría a interés alguno publicar conjuntamente la sentencia con el tenor de las cláusulas afectadas, como se pidió en demanda.

(xiii).- No procede condena en costas, ya que la estimación de la demanda es parcial, y en cuanto a las entidades que no resultan condenadas, concurrían relevantes dudas de hecho y de Derecho.

#### **Objeto de la segunda instancia.**

**(3).- Apelación.** Por parte de diferentes entidades bancarias demandas se interponen recursos de apelación e impugnación frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 11 de Madrid, en los que instan la revocación de la misma, para la desestimación total de los pedimentos de la demanda, y subsidiariamente, para su estimación solo parcial, respecto de las consecuencias subjetivas y objetivas de la declaración de nulidad.

Para ello, en su conjunto, tales recursos e impugnaciones se sustentan, ahora solo indicados al efecto de presentar una perspectiva de conjunto sobre la controversia en segunda instancia, en los motivos siguientes:

(i).- Defecto legal en el modo de proponer la demanda y variación inadmisibles de la demanda. (ii).- Indebida acumulación objetiva y subjetiva de acciones. (iii).- Infracción de garantías procesales sobre admisión de prueba, generadora de indefensión. (iv).- Inadecuación de procedimiento. (v).- Infracción de apreciación de cosa juzgada negativa. (vi).- Incongruencia procesal *extrapetita* de la sentencia. (vii).- Falta de legitimación pasiva de algunas entidades; (viii).- Error de valoración jurídica en la calificación de las estipulaciones como condiciones generales de la contratación. (ix).- Infracción de las normas legales sobre el control de las condiciones generales de la contratación, en cuanto a la falta de fundamento del control de transparencia. (x).- Vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia. (xi).- Vulneración de la doctrina sobre la figura del consumidor medio; (xii).- Error en la valoración de la prueba sobre la aplicación del control de transparencia. (xiii).- Infracción en la aplicación de la ley, al no razonar la abusividad intrínseca de la cláusula suelo; (xiv).- Infracción de normas reguladoras del fallo de la sentencia, por indeterminación de los sujetos beneficiados. (xv).- Error de valoración jurídica sobre las consecuencias restitutorias de la nulidad.

**(4).-** Por parte de ADICAE y de otros particulares intervinientes se interpuso igualmente recurso de apelación frente a la citada Sentencia, para instar su revocación parcial, con fin de que se acuerde la estimación íntegra de la demanda presentada.

A tal efecto, dicha apelación se fundamenta, ahora sucintamente expuesto, en el motivo de infracción de normas sustantivas reguladoras del efecto de la nulidad de condiciones generales de la contratación.

**(5).- Oposición a los recursos.** Tanto por las entidades de crédito demandadas como por ADICAE y los intervinientes adheridos a su recurso, se presentaron respectivos escritos de oposición a tales recursos



de apelación formulados de contrario, en los que se instó bien la inadmisión de las apelaciones, bien su desestimación de fondo, con imposición de costas de la alzada a las partes recurrentes contrarias.

### **Marco general de examen: control de transparencia en el ámbito de las acciones colectivas.**

(6).- La mayoría de los recursos de apelación entablados por las entidades de crédito en su día demandadas, respecto a las objeciones de fondo a la Sentencia dictada, comienzan con una exposición de encuadre sobre el alcance del denominado control de transparencia sobre el tipo de cláusula conocida como suelo, y la implementación de tal control en el ámbito de las acciones colectivas, no las individuales, bajo una perspectiva de examen abstracto de validez de dicho tipo de cláusula.

Desde luego, como se expondrá, el análisis de las pautas estandarizadas de contratación tiene que hacerse individualizada y concretamente para cada una de esas entidades de crédito, pero las conclusiones jurídicas aplicables al resultado de dichos análisis se deben hacer bajo los mismos parámetros de validez en lo relativo a esta clase de cláusula identificable típicamente en la práctica de la contratación, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, fijados tales parámetros para el control abstracto de condiciones generales de la contratación, esto es, el que resulta propio de las acciones colectivas, debido a la especial naturaleza procesal de éstas. Por tal razón, es conveniente exponer, de modo inicial, aquello que este tribunal de apelación entiende comprendido en tales parámetros jurídicos de examen, y desde los cuales valorará posteriormente las conclusiones individualizadas que resulten para cada una de las entidades de crédito recurrentes.

(7).- Debe estarse al tratamiento jurisprudencial de la cuestión sobre la posibilidad de aplicar el control abstracto de validez sobre la concreta condición general de la contratación identificable en el tráfico jurídico como aquella que tiene por finalidad establecer una limitación a la baja de la posible fluctuación del tipo de interés remuneratorio variable, pactado en el seno de contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores, y hacer esa aplicación específicamente basada en la falta de transparencia de ese tipo de cláusula.

De entrada, ha de tenerse presente que, en materia específica de condiciones generales de la contratación, además de las acciones individuales de nulidad y no incorporación, de los arts. 7 a 10 LCGC, se establece otra clase de acciones distintas, la denominadas colectivas, tipificadas bajo las concretas formas de acción de cesación, acción de retractación y acción declarativa, art. 12 LCGC, habilitadas con la finalidad de tutelar unos intereses supraindividuales para el ejercicio control de ese tipo de cláusulas. Por tanto, según su respectivo contenido, se orientan a la eliminación por parte del predisponente del uso de las condiciones generales que se reputen nulas, con el deber de abstenerse de su empleo en el futuro, o retractándose de su recomendación de uso.

Pero lo ahora verdaderamente relevante para la cuestión de este recurso de apelación, es que mediante el preciso ejercicio de la acción colectiva de cesación se articula procesalmente el denominado control abstracto, por el que se observa de una forma genérica y preventiva, por así expresarlo, la validez de la cláusula objeto de litigio. En este ámbito normativo, tal control abstracto está referido tradicionalmente al examen del contenido jurídico de la cláusula tipo en cuestión, contenido que define el equilibrio de derechos y deberes contractuales, no prestacionales, de las partes. Por ello, tal examen de contenido se hace bajo los criterios de nulidad de las condiciones generales de la contratación fijados en el art. 8 LCGC, y en particular, en la remisión a las condiciones calificables de abusivas, según los arts. 82 y ss. TRLGDCyU. Debe recordarse que dicho calificativo de abusiva es merecido por la estipulación que consista en condición general de la contratación, de acuerdo con su régimen legal, y que resulte, por su contenido jurídico, contraria a la buena fe, al implicar un desequilibrio importante en el conjunto de derechos y obligaciones de las partes del contrato, esto es, consumidor y empresario. Ello siempre tomado en consideración el conjunto de circunstancias relativas al contrato mismo, como la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contratación, o factores existentes al tiempo de la contratación, art. 82.3 TRLGDCyU. Debe también recordarse que, ejemplificativa e ilustrativamente, incurrir en aquella tacha de abusividad las condiciones generales que vinculen la suerte del contrato a la decisión del empresario, limiten los derechos de reclamación, desistimiento o resolución atribuidos al consumidor, supongan renuncia de garantías de comercio a su favor, determinen la falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones entre ellos, alteren reglas de carga de la prueba previstas a favor del consumidor o lo sometan a fueros o jurisdicciones que no sean los suyos, etc...

Comprendido así el examen de contenido sobre la validez de las cláusulas, no existe dificultad alguna para su aplicación en sede de control abstracto de tales condiciones generales de la contratación, el cual tiene lugar bajo el ejercicio de las acciones colectivas. Ello es así porque queda circunscrito al examen del contenido jurídico fijado por la estipulación concreta sobre el conjunto de derechos y deberes jurídicos del contrato, el cual puede observarse de forma global para todo ese tipo de cláusula, de manera aislada de cada relación contractual concreta donde se usó tal pacto, sin atender a las circunstancias particulares de cada contrato



y de cada consumidor. Es decir, v. gr., la cláusula que impone al consumidor la renuncia a su propio fuero jurisdiccional, por su formulación y contenido jurídico mismo, puede ser sometida pacíficamente tanto a control concreto, en acciones individuales, como al abstracto, al poderse predicar su abusividad con plena desatención de las circunstancias particulares de cada relación contractual singular.

**(8).**- No obstante, la jurisprudencia ha entendido que para poder alcanzar la conclusión de nulidad sobre condiciones generales de la contratación no solo cabe un control de contenido jurídico, sino otro de distinto alcance, el denominado control de transparencia, también conocido como segundo control de transparencia o de transparencia material, reforzada o sustantiva, para distinguirlo del mero control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC. A estas alturas de la cuestión, el conflicto sobre la pura terminología usada para identificar dicho control resulta ya suficientemente evolucionado como para referirse a él simplemente en la forma señalada, control de transparencia, sin ulterior especificación.

También es importante destacar que aquel control clásico de contenido, dada la naturaleza expuesta del mismo, dejaba fuera de su alcance el análisis de los equilibrios prestacionales acordados entre las partes contractuales. Es decir, el precio del contrato, a cargo del consumidor, puede reputarse caro o barato para los servicios o bienes que recibe como contraprestación, pero ello no podría en sí mismo tacharse de abusivo, en los términos técnico-jurídicos señalados del concepto de abusividad, ya que la cuantía del precio o la calidad o cantidad de servicios o bienes recibidos no se refieren propiamente al contenido de equilibrios jurídicos, en derechos y deberes respectivos, del contrato. Tales elementos del contrato, en particular el precio, aparecen fijados por las tensiones del mercado de bienes y servicios, oferta y demanda de consumo, y sobre su individualización no puede extenderse una valoración puramente jurídica, de manera que el juez no puede determinar cuando el coste de un concreto precio a cambio de determinado bien, resulta más o menos abusivo, ya que su determinación responde a puros criterios de economía de mercado e intereses subjetivos de los contratantes. La doctrina de Derecho de consumo se refiere a tales equilibrios prestacionales, cuantía del precio, calidad, cantidad o cualidad de la prestación o servicio a recibir, como elementos esenciales u objeto principal del contrato, en una terminología, por cierto, notablemente distinta de la utilizada por la dogmática clásica del Derecho civil de contratos.

Sentado lo anterior, debe tenerse presente que pueden existir cláusulas vinculadas directamente a la fijación de esos elementos del objeto principal del contrato, cuya operatividad en el tracto de cumplimiento obligacional no aparezca suficientemente revelada de modo objetivo al momento de contratar. Es el caso, v. gr., de fórmulas complejas de cálculo de tarifas o precios o remisión a circunstancias o referencias exógenas al contrato, que puedan comportar como resultado un encarecimiento difícilmente previsible de los costes del precio para el consumidor. En tales supuestos no es que en sí misma tal cláusula influyente en la determinación de aquellos elementos del objeto principal del contrato, precio y prestación, pudiera ser abusiva por su contenido jurídico mismo, en el sentido de abusividad clásica, sino que al no haberse explicitado adecuadamente las consecuencias prestacionales de su inclusión, el desequilibrio puede provenir de la falta de previsibilidad objetiva de aquellas consecuencias patrimoniales sobre los deberes prestacionales de las partes del contrato. Con ello, al tachar ese tipo de cláusulas de no transparentes, se logra proyectar el examen de abusividad hasta tales estipulaciones, condicionantes de la determinación de la cantidad de precio o calidad, cantidad o cualidad de bienes o servicios a percibir, que, de otro modo, quedarían fuera del alcance de dicho juicio puro de abusividad. Es decir, el control de transparencia es un vehículo que permite trasladar el examen de abusividad a este tipo de cláusulas, referidas a los denominados elementos esenciales del contrato. En tal sentido STS nº 130/2015, de 24 de marzo, señala que:

"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".

Igualmente, al respecto de la abusividad por falta de transparencia, expresa la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, FJ 2º.4:

" (...) la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

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



**(9).**- Si esta es la función del control de transparencia, su contenido se extiende a examinar si se han evidenciado de modo objetivo las futuras o potenciales consecuencias económicas para el consumidor que implique la inclusión de tal cláusula en el contrato. Este tipo de control ya fue citado tangencialmente en la STS nº 406/2012, de 18 de julio, y de modo nuclear, como *ratio decidendi*, en la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, sobre la cláusula suelo. Más actualizadamente señala la STS nº 367/2017, de 8 de junio, del Pleno, FJ 2.8º, que: "*(...) En el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado.*".

Es decir, lo relevante es la suficiencia del alcance informativo ofrecido al consumidor sobre la carga económico-prestacional que implicará la aparición en el contrato de ese pacto en cuestión. Se observará, pues, en el caso de las cláusulas suelo si tal información se otorga a través de un medio objetivamente eficiente como para colocar al consumidor ante la comprensión real de qué ocurriría funcionalmente para sus débitos contractuales futuros si tal cláusula suelo cobrara efectividad por la caída del índice de referencia del tipo de interés variable pactado. La eficiencia a tal efecto de la información dada se alcanzará tanto por el grado de la misma que se vierta, como por el carácter comprensible sobre su objeto, esto es, las implicaciones funcionales de tal pacto sobre la dinámica de cumplimiento contractual, concretamente respecto de los débitos prestacionales a cargo del consumidor, en sentido patrimonial y económico, más allá de la mera comprensión gramatical. Básicamente esto supone exigir la evidenciación de que pese a poder disminuir mucho el índice de referencia pactado para el interés variable del préstamo, la cuota de amortización a satisfacer por el consumidor podría no seguir un descenso cuantitativo en paralelo, al estar topada aquella posibilidad de rebaja, de modo que por debajo de tal tope, la cuota de amortización quedará en una cuantía fija.

En tal sentido STS nº 130/2015, de 24 de marzo, "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". Y todo ello como ya había indicado la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, en la que se declara, al referirse al control de transparencia, que: "*44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información.*".

**(10).**- Como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal, la nulidad por abusividad derivada de la falta de transparencia, o directamente, nulidad por dicha falta de transparencia, exige normalmente una atención de detalle para determinar si, caso a caso, la estipulación en cuestión resultó o no transparente, en términos de dar a conocer las implicaciones prestacionales, sobre cargas económicas, no ya claridad gramatical, de su inclusión en el contrato. Ello reconduce necesariamente a un análisis del desarrollo de la información transmitida, por cualquier forma, al concreto consumidor, durante la génesis del contrato, y la posibilidad de acceso por su parte al conocimiento de aquel efecto sobre sus deberes contractuales futuros, derivada incluso de factores personales.

Cuando este examen de transparencia, tan apegado a lo singular, tan penetrado en su esencia natural de esos factores de lo particular, relativos a cada relación contractual concreta y al perfil de cada consumidor, se traslada al ámbito del control abstracto, como el del presente litigio, para su implementación en el proceso donde se sustancian acciones colectivas, se produce una fuerte tensión entre la naturaleza de la vía procesal utilizada, para la acción colectiva, y el vehículo que por ella transita para su aplicación sustantiva, el examen de transparencia. Para resolver esa tensión, superar aparentes contradicciones y evitar la quiebra del sistema de juicio específica de condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha objetivado los elementos de examen propios del control de transparencia, y los ha separado definitivamente de los que eran relevantes en el control individual, a fin de que los pronunciamientos dimanantes del procedimiento de acción colectiva puedan conservar el rasgo de generalidad que le es inherente y lo que justamente le caracteriza frente al control que se produce en el seno de las acciones individuales.

Ese resultado superador de aquella tensión se logra jurisprudencialmente por medio de la fijación del objeto de análisis sobre conceptos distintos del caso, para realizar el control de transparencia, según se haga de modo abstracto, en acciones colectivas, o de modo concreto, acciones individuales. Como en ambos supuestos se trata de aplicar el control de transparencia, los conceptos a analizar guardan una aparente similitud terminológica, que puede inducir a confusión sobre el verdadero objeto de cada clase de litigio. Así, si en el



control individual se ha de examinar la génesis fáctica del contrato, en su fase de negociación precontractual, de cada caso particular, y atender al grado de formación y conocimiento del personal consumidor que acciona, y de su experiencia previa frente a esa clase de estipulaciones; en el control abstracto, para conservar el rasgo de generalidad en la validez del juicio que se realice, esos elementos de examen quedan rellenos de una esencia diferente, al referirse ahora al consumidor tipo para esa categoría de negocio jurídico, frente al comportamiento contractual estandarizado del predisponente. Es clave comprender que si el TS ha admitido que pueda examinarse la transparencia determinante de la abusividad, o de su proyección, a través del juicio abstracto propio de las acciones colectivas, con todas las tensiones jurídicas implicadas en tal posibilidad, lo que no puede es concluirse para ello en una *total desnaturalización de la forma propia de enjuiciamiento abstracto*, a través de su reconducción a un mero juicio singular, propio de las acciones individuales, pero plurisubjetivado, mediante pura adición de singularidades, para intentar que su resultado se asemeje, por su sola extensión subjetiva, a una falsa apariencia de juicio abstracto.

Esos *conceptos jurídicos indeterminados* que habilitan el adecuado control de transparencia en el ámbito de las acciones colectivas, que constituyen su objeto de análisis, aparecen definidos en la STS nº 367/2017, de 8 de junio, FJ 2º.8, al señalar que:

" Por tanto, en el enjuiciamiento de una acción colectiva de cesación de una cláusula suelo por falta de transparencia se toma también en consideración cuál ha sido la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conociera la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente su incidencia en el precio. Así lo afirmamos también en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148 y 157 de la sentencia 241/2013 .

En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en la que se estimó la acción colectiva, se declaró la nulidad de la cláusula suelo empleada por el Banco Popular (que según reconoce este, coincide con la empleada por su entonces filial Banco de Andalucía) y se ordenó el cese en su utilización, se tuvo en cuenta la redacción de la cláusula y su encuadre en el contrato, junto con otras cláusulas, desde el punto de vista del consumidor medio. Asimismo, Banco Popular no acreditó la existencia de una práctica estandarizada en su modo de contratar que supusiera la comunicación al consumidor de información precontractual adecuada sobre la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio (el interés a pagar por el prestatario)".

(11).- Por tanto, en el ámbito de la acción colectiva deducida, sobre abusividad por falta de transparencia de la denominada cláusula suelo, lo relevante es que ha de atender a la " conducta estándar del predisponente" respecto de la información sobre la carga económica y prestacional que suponía la cláusula suelo, respecto del " consumidor medio" de tal clase de producto bancario, con la carga de la entidad bancaria de acreditar la " existencia de una práctica estandarizada" en la dispensa de tal información a favor de esa clase de consumidor medio. Estos conceptos ya habían sido avanzados, precisamente su observación en el ejercicio de acciones colectivas, por la STS nº 138/2015, de 24 de marzo, FJ 5.7º, al reseñar que:

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

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa".

Esos conceptos normativos, pilares del juicio de transparencia en el ámbito de las acciones colectivas, deben ser integrados por la interpretación judicial, como elementos estrechamente relacionados entre sí. Esto es, vinculando el examen de la práctica estandarizada, en cada entidad bancaria demandada, respecto de la dotación de transparencia a la cláusula suelo incluida en contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con " consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso", en términos de la STJUE de 30 de abril de 2014 (A. Kasler, C.26/13), a la que han seguido luego los pronunciamientos sobre el control de transparencia de las SsTJUE de 9 de julio de 2015 (a. Bucura), de 21 de diciembre de 2016 (a. Gutiérrez Naranjo), y de 26 de enero de 2017 (a. Banco Primus).

Es igualmente clave entender que estas SsTJUE son posteriores a la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, y que fijan concluyentemente el contenido del control de transparencia, en lo relativo a la exigente necesidad de examen del caso concreto, de un lado, y la debida atención a las circunstancias concomitantes al momento y desarrollo del proceso de contratación, de otro lado. Ello implica un fuerte impacto en la concepción jurídica



sobre el alcance del control de transparencia en sede de acciones colectivas, en cuanto a su calado sustantivo, respecto de la forma en la que lo había concebido aquella STS nº 241/2013, y determina una evolución o progresión en su forma de aplicación, que se materializa en una acomodación de este examen a las directrices del TJUE, con un reajuste de su alcance.

(12).- Para tal integración judicial de dichos conceptos jurídicos indeterminados, de base valorativa jurídica, los criterios interpretativos a tomar en cuentas son (i).- el tipo de cláusula concreta a examinar, referida a la estipulación contractual que, en préstamos con garantía hipotecaria pactados con un interés remuneratorio variable, tiene por finalidad la de acotar el margen de variación de dicho interés, con la fijación de un mínimo o suelo, que topa la posibilidad de descenso de dicha variabilidad por debajo de tal barrera; (ii).- la clase de contrato donde se ha utilizado, pertenecientes a la contratación bancaria general, de menor complejidad de comprensión, y no a la específica y particularmente financiera, distinción de ámbitos apreciado en la *STJUE de 20 de septiembre de 2017, c-186/16, a. Andriuc*, sobre cláusula multividua; (iii).- la implicación personal que, como regla general, tiene la celebración de tal contrato para los consumidores, esto es, la importancia cuantitativa y cualitativa que tiene para ellos, dado que no se trata de actos habituales y comunes de comercio, sino de una relevancia fundamental, por su valor económico, duración de la vinculación contractual y gravedad de las implicaciones de su posible incumplimiento, por lo que se suele poner especial cuidado y atención su contratación, (iv).- el propio perfil del consumidor medio, no en cualquier ámbito, sino precisamente en un tipo de contrato como los presentes, de tanta relevancia para ellos, por lo que debe reputarse como normalmente informado, y razonablemente atento y cuidadoso, en los términos de la citada *STJUE de 30 de abril de 2014 (a. Kasler)*, y (v).- la práctica y pauta habitual y generalmente empleada por el banco para dotar de transparencia la funcionalidad económica que tiene dicha cláusula sobre las prestaciones del consumidor, por encima de la mera comprensión gramatical, por el empleo de cualquier manera de información sobre ese alcance económico-prestacional, hasta alcanzar un juicio de suficiencia respecto de esta concreta clase de contratos y cláusulas, y siempre respecto de aquel perfil preciso de consumidor medio.

(13).- En todo caso, lo anterior impone una reflexión. Desde luego, como se ha señalado, la sede natural del examen de transparencia es el control singular, el de las acciones individuales, que permite atender a todas las circunstancias concretas del contrato y del consumidor, como señalan ilustrativamente las Conclusiones del *Abogado General del TJUE de 2 de junio de 2016, en el a. Biuro, C-119/15, ap. 43 y ss.:* " (...) la apreciación de su carácter abusivo, una cláusula contractual no puede aislarse de su contexto (...) debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto (...); 49. Por consiguiente, un régimen según el cual, con carácter general, el carácter abusivo de las cláusulas de condiciones generales debe establecerse de una vez por todas, en un procedimiento judicial in abstracto, me parece difícil o incluso imposible de conciliar con el art. 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, que exige que la apreciación del carácter abusivo sea concreta y se base en las circunstancias particulares".

Pero, sea como fuere, ello no excluye en nuestra jurisprudencia que tal examen pueda tener lugar también en sede de control abstracto, por ejercicio de acción colectiva de cesación, aunque siempre debidamente modulado su sentido y alcance. Si se trasladan acriticamente y sin cuidado, los criterios de juicio propios de un tipo de control al otro, se producen dos paradojas, difícilmente asumibles, tal cual se deriva de las citadas *Conclusiones del Abogado General de la UE al a. Biuro*. La primera, es que una cláusula como la suelo, de la que se ha declarado su validez intrínseca como pacto contractual, por su contenido jurídico, resultaría en cambio sistemáticamente nula cuando se observe bajo ciertos criterios de juicio de transparencia en abstracto, al tener que prescindir de aquellos elementos circunstanciales de la realidad individual, que la doctrina del TJUE ha ordenado observar. La segunda de las paradojas consiste en que podrían llegarse a conclusiones radicalmente opuestas sobre la transparencia de la estipulación, bajo los prismas de examen propios de cada uno de esos controles, con lo que se podría establecer la nulidad en abstracto de la cláusula, que en cambio resultase transparente en determinados casos concretos de ciertos contratos y consumidores, a veces incluso más numerosos que puras excepciones.

Estas dos paradojas de juicio no permiten apartar, sin embargo, la posibilidad y utilidad del control abstracto para el examen de transparencia, como indica la doctrina jurisprudencial, pero imponen necesariamente una valoración sobre las exigencias de transparencia que se realizan en sede de tal control abstracto, que lo separa nítidamente de la forma de aplicar dicho control en el ámbito de acciones individuales. En tal sentido, señala la *STJUE de 16 de abril de 2016, c. 381/2014, ap. 41*, que " En este contexto, es preciso asimismo señalar que la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales no puede justificar esa falta de efectividad, ya que, tal como señaló el Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, la **diferente naturaleza** del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual debería, en principio, evitar el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias " (énfasis añadido).



En este ámbito abstracto, el control opera de forma mucho más estrecha que en el control individual, para el que debe quedar el análisis circunstancial de las singularidades, que exigen las SsTJUE de 30 abril de 2014 (a. *Kasler*); de 9 de julio de 2015 (a. *Bucura*), de 21 de diciembre de 2016 (a. *Gutiérrez Naranjo*), y de 26 de enero de 2017 (a. *Banco Primus*). Ello supone, para respetar esa distinción de examen en cada ámbito, que lo valorable sobre la pauta estándar de contratación de la entidad bancaria es que no puede concluirse que ha mantenido comportamientos tendentes a oscurecer o disimular el efecto económico-patrimonial de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos. Es decir, es particularmente relevante que la entidad no haya enmascarado ese efecto prestacional de la cláusula suelo respecto de otros pactos que igualmente concurren a conformar el coste del contrato para el consumidor, y sobre los que éste suele centrar su atención para determinar su elección de consumo, como son el tipo de referencia elegido para fijar el interés variable, el diferencial aplicable a este, o el periodo total de amortización del préstamo, factores capitales para determinar la cuantía de cada cuota de amortización y el coste total de financiación del préstamo.

Es decir, lo observable con el fin de evitar aquellas paradojas y respetar la posibilidad de un examen justo de transparencia en sede de control abstracto, es que la práctica contractual general de la entidad bancaria no ensombrezca el efecto de la cláusula suelo respecto de esos otros pactos que también fijan el coste del contrato, y sobre los que el consumidor medio presta atención al contratar, de suerte que el comportamiento habitual de aquella predisponente no resulta enmascarador de los efectos económicos de dicha cláusula suelo, respecto de los demás pactos sobre precio o coste. A partir de tal punto, el juicio de transparencia podrá seguir operando en su sede natural y propio, el del control individual o singular. En tal sentido, ya señaló la STS nº 222/2015, de 29 de abril, FJ 14º.3 que " *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* " (énfasis añadido). En idéntico sentido, vd. STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, FJ 4º, a.2), sobre la provocación subreptica por el banco de una alteración en las condiciones económicas esperables por el consumidor del contrato, formada tal idea por la atención a los pactos que normalmente este consumidor medio atiende como relevantes para la determinación del precio.

Dicho enmascaramiento o ensombrecimiento del efecto obligacional de la cláusula en cuestión ocurre cuando el banco no presenta e incluye la cláusula suelo en un plano de equivalencia respecto a la importancia dada a esos otros pactos a los que suele atender el consumidor medio por entenderlos como conformadores de los costes del contrato para él, y que de hecho, es notorio, suelen presidir la difusión de ofertas por las entidades de crédito, como el índice de referencia elegido, su diferencial o el periodo de amortización. Cuando el banco da un tratamiento secundario, accesorio o subordinado al efecto prestacional de esta estipulación suelo respecto al ofrecido para esos otros elementos nucleares del precio, en la atención que sobre ellos presta el consumidor, y que lleva a pensar en la muy menor importancia de aquella cláusula respecto de esos otros pactos, en cuanto a su influencia sobre la forma de fijar el precio o coste del contrato, aparece un comportamiento enmascarador que vulnera la exigencia de transparencia.

Tal actuación del banco para diluir la atención de ese consumidor medio puede ser realizada a través de medios tales como, v. gr., la ubicación de la cláusula incluida en el contrato en un lugar documental extravagante para ella (fuera o alejada del ámbito estipulatorio destinado a regular la variabilidad de los intereses remuneratorios); la presentación de la misma ligada a conceptos ajenos al precio del contrato (tales como seguros, gastos, impuestos, intereses moratorios...); al otorgarle la apariencia de que el efecto limitativo a la baja de la fluctuación de tipo de interés de referencia se somete a ciertas condiciones o requisitos que harán que difícilmente operará tal pacto en la realidad; al ofrecer la imagen de que la operatividad contractual de dicha cláusula pertenece a escenarios de la realidad prácticamente inverosímiles o absurdos; al ubicar dicha cláusula en mitad o al final de párrafos largos, cuyo objeto se inicia para el tratamiento de otros extremos, aún dentro del conjunto de pactos dedicados a la variabilidad de tipos de interés, y en donde aparece brevemente reseñada, sin resalte o sin énfasis alguno, de modo que se distrae la atención sobre en una lectura en diagonal de los pactos, y se centra en otros elementos principales según el criterio del consumidor medio; su presentación junto a otros elementos relacionados con sus efectos, de manera que se busque centrar la atención en ese segundo elemento (circunstancias secundarias potencialmente abaratadoras del precio, que tengan además escasa posibilidad de llegar a operar en la realidad); al presentar de modo conjunto la cláusula suelo con el pacto de techo, de suerte que la atención del consumidor se centre en la aparente seguridad de gozar de un tope máximo frente al hipotético ascenso del índice de referencia, con el desvío de atención a la importancia del tope mínimo, criterio utilizado por la jurisprudencia en la STS nº 241/2013 ; etc...

Debe precisarse que esto que se termina de exponer se verá constantemente reflejado y desarrollado a diferentes apartados de esta resolución, como, v. gr., los FFJJ (26), (81), (83), (102)...; por lo que es necesario



comprender la motivación de esta sentencia como un conjunto general respecto de las respuestas dadas a problemas planteados de forma similar por las distintas partes recurrentes.

Además, este acotamiento y concreción del alcance del examen de transparencia realizado en el ámbito del control abstracto, a fin de realizar un juicio justo, debe incorporar por último un matiz importante, cual es tener siempre presente las concretas afirmaciones sostenidas por la parte actora, ADICAE en este caso, para sostener su pretensión de falta de transparencia respecto de cada una de las entidades bancarias, individualizadamente consideradas, y cuáles hayan sido los elementos de prueba aportados por tal parte actora para sostener dichas pretensiones que imputen a tales entidades un comportamiento ensombrecedor del alcance obligacional de esas cláusulas frente al consumidor.

#### **I.- Recurso de apelación formulado por BANCO SABADELL SA .**

##### **Motivo primero (carácter procesal): indebida admisión de la prueba propuesta en la primera instancia.**

(14).- *Exposición del motivo.* Señala el recurso de BANCO SABADELL SA que sobre el empresario o predisponente de la cláusula que constituya una condición general de la contratación pesa la carga de probar su negociación individual, y que por tanto, dicha entidad bancaria recurrente debía acceder a toda la prueba que propuso en la primera instancia para levantar dicha carga y poder acreditar así la negociación individual de todas las cláusulas y, con ello, la dotación de transparencia de las mismas.

(15).- *Valoración del tribunal.* La infracción procesal que sostiene como motivo de recurso se centra, en esencia, en la inadmisión de determinados medios de prueba que fueron propuestos por BANCO SABADELL SA en la primera instancia, para lo que instrumentalmente se cita la carga de la prueba que se estima recae sobre tal parte recurrente.

En todo caso, aun admitiendo la hipótesis de la denegación indebida de la prueba propuesta, a los meros efectos dialécticos, la respuesta prevista por el Ordenamiento jurídico- procesal para ese supuesto no sería la de nulidad de actuaciones, para reponer en su derecho a la parte privada del acceso a tales medios de prueba, ni el acogimiento mismo de la apelación por ello. La reparación de esa posible vulneración de derechos procesales se hace en la legalidad mediante un instrumento distinto de la nulidad, al ofrecer a la parte la oportunidad procesal de acceder a la propuesta y práctica de tales medios de prueba en la segunda instancia, art. 460.2.1º LEC. Con dicha posibilidad disponible para la parte, queda en principio colmado el control frente a cualquier irregularidad o arbitrariedad sufrida en la primera instancia respecto al derecho de acceso a la prueba, lo que aparta la necesidad de acudir al expediente jurídico de nulidad de actuaciones procesal para reponer la plena vigencia de tal derecho procesal, como regla general.

Extremo diferente es que, una vez aprovechada esa oportunidad procesal por la parte, el resultado ofrecido por el tribunal *ad quem* no sea el deseable para la parte, el de la admisión de los medios propuestos. Este resultado es ya irrelevante respecto de la necesidad de colmar aquel derecho de acceso a la prueba, ya que en el contenido de tal derecho lo fundamental es valorar la idoneidad y pertinencia de los medios de prueba, no dar lugar a la práctica en todo caso.

Por ello, no cabe sino remitir este concreto motivo de apelación de BANCO SABADELL SA los autos en materia de prueba en segunda instancia dictados para este preciso recurso por el tribunal.

##### **Motivo segundo (sustantivo): improcedencia de la acción colectiva para esta clase de enjuiciamiento.**

(16).- *Exposición del motivo.* Señala el recurso entablado por BANCO SABADELL SA que la Sentencia apelada yerra al aplicar la doctrina de la nulidad por falta de transparencia, ya que dicha falta de transparencia solo puede ser predicada respecto del supuesto contratante que la sufre, en concreto, dada la íntima relación que tal doctrina tiene con la institución de los vicios del consentimiento contractual, de modo que únicamente afecta a ese contratante, y es este el único legitimado para valorar la falta de transparencia. Por ello, señala el recurso, no es posible someter tal examen a una forma de control abstracto y genérico, bajo el prisma de una acción colectiva, como hace la Sentencia de la primera instancia, sino que requiere un juicio de cognoscibilidad que solo puede hacerse caso por caso, no de manera genérica.

Dentro de este motivo de recurso, así individualizado por este tribunal, debe entenderse comprendida la alegación hecha por el recurso de BANCO SABADELL SA sobre lo que considera la inadecuada doctrina de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, por arbitraria e inaplicable, y la operatividad del voto particular emitido junto a ella.

(17).- *Valoración del tribunal.* De entrada, debe dejarse sentado que la Sentencia apelada no realiza un examen genérico y global de la práctica bancaria sobre la transparencia de la denominada cláusula suelo, sino que, al menos, distingue y atiende a la pauta de cada entidad bancaria, de forma separada. Así, en su FJ 1º.1.3 individualiza el tipo y redacción de cláusula suelo utilizada por cada entidad, en el FJ 2º, identifica la posición



de cada una de las entidades, incluida esta recurrente, y en su FJ 9.4.8º fija para las entidades del grupo BANCO SABADELL SA lo que considera la Juez *a quo* que es cada práctica, relativa a Banco Guipuzcoano, Banco Gallego, Caixa Penedés, Banco Sabadell Atlántico, Banco de Asturias, Banco Herrero y Banco Urquijo. Valga esta para encuadrar el alcance de este motivo de recurso, referido no tanto al quehacer de la Sentencia apelada, como al alcance de la propia doctrina del control de transparencia.

**(18).**- No puede compartirse una parte de la base argumental del motivo de recurso, consistente en fundar la doctrina del control de transparencia en la dogmática sobre la ausencia o vicios del consentimiento contractual. Se trata de dos planos jurídicos tratados independientes, para la jurisprudencia. Uno, el del consentimiento contractual, art. 1.262 CC, y otro, el del control de las condiciones generales de la contratación. El primero, en efecto es relativo exclusivamente al sujeto que lo padece, y recae sobre la validez intrínseca de su declaración de voluntad negocial. El segundo, la falta de transparencia, hace referencia de modo objetivo a la información disponible en la forma de contratación, para evidenciar las implicaciones prestacionales de la estipulación. De hecho, una concreta cláusula podría ser transparente, y posteriormente, por otras razones atinentes a rasgos particulares de la voluntad contractual del consumidor, carecer o tener viciado el consentimiento contractual emitido respecto del contrato que la incluía.

Por supuesto que el adherente da su consentimiento contractual, art. 1.262 CC, al contrato que contiene las condiciones generales, incluido la configuración obligacional que resulta de la inclusión de tales condiciones generales, ya que de otro modo el contrato en sí mismo estaría afectado de invalidez, por ser susceptible de anulación, arts. 1.265 y 1.300 CC. Pero el otorgamiento de dicho consentimiento no hace desaparecer la naturaleza de condición general de la contratación de aquellos pactos que la tengan, que precisamente han sido predispuestos e impuestos por el predisponente a tal fin, si el adherente quería celebrar tal contrato, expresando su consentimiento. Y es dicha naturaleza de condición general la que posteriormente permite su control por el régimen jurídico especial de las mismas, bajo el prisma de las acciones de no incorporación y de control de contenido por abusividad, con la falta de transparencia, en este último supuesto. Así, en tal sentido, señala la STS nº 649/2017, de 29 de noviembre, FJ 4º, que: " Fue, pues, la entidad financiera quien dispuso e impuso la cláusula litigiosa, en tanto que el elemento de la imposición supone, simplemente, que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato a iniciativa, exclusivamente, de una de las partes, en este caso, dicha entidad".

Por lo demás, no se admite jurídicamente la posibilidad de alegar vicios del consentimiento contractual, art. 1.265 CC, únicamente frente a concretos pactos o estipulaciones del contrato. Toda la dogmática civilista, de acuerdo con los arts. 1.262 y ss. CC, entiende que el consentimiento se refiere a la declaración de voluntad contractual, y sus vicios afectan a dicha declaración integrante del consentimiento contractual, no a pactos o cláusulas individualizadas. Por ello, la apreciación de tales vicios genera la nulidad del contrato, mediante la acción de anulabilidad, pero no puede alcanzar solo a extirpar del mismo algunos pactos, y mantener la validez del resto del contrato. Así, La STS 66/2017, de 2 de febrero, en un caso de demandantes no consumidores que alegaban el incumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria con la que habían concertado un contrato de leasing que contenía un derivado implícito, consideró que "la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio [...] Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato". En este mismo sentido, SsTS de 13 de febrero de 2017 y de 1 de julio de 2016.

**(19).**- Respecto a la posibilidad de realizar en sede de acciones colectivas un control de transparencia sobre determinado tipo de cláusulas, identificadas como condiciones generales de la contratación, debe estarse a lo expuesto detalladamente en los FFJJ (6) a (13) de esta resolución, que se dan aquí por enteramente reproducidos.

#### **Motivo tercero: infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia.**

**(20).**- *Formulación del motivo.* Indica el recurso de BANCO SABADELL SA que la Sentencia de la primera instancia quebranta los presupuestos y exigencias fijadas por la jurisprudencia para aplicar adecuadamente el denominado control de transparencia, ya que ha realizado un examen puramente genérico y superficial de la forma de presentar la cláusula en cuestión, solo de su morfología gramatical y léxica y de su ubicación en el contrato, para luego tacharla de oscura o intransparente sin el mayor análisis adicional. Con ello, sostiene el recurso, no se siguen las directrices indicadas por la jurisprudencia, de examinar en concreto cuál fue la práctica estandarizada de la entidad bancaria en el sistema de contratación en la que estaba inmersa dicha cláusula suelo.



(21).- *Valoración del tribunal.* Un extremo es sostener que la Sentencia apelada se haya apartado de la doctrina jurisprudencial, prescindiendo de los criterios marcados por la misma para la valoración de la falta de transparencia respecto del uso de la denominada cláusula suelo, en el marco de proceso por acciones colectivas, y otra cosa distinta es que, al aplicar dichos criterios, la Sentencia pueda llegar a conclusiones que la parte valore como erróneas desde la perspectiva de las evidencias probatorias. En el presente motivo de recurso de BANCO SABADELL SA se sostiene lo primero.

No puede aceptarse que la Sentencia apelada haya prescindiendo de los criterios de valoración fijados por la jurisprudencia, sobre el control de transparencia aplicado en sede de acciones colectivas. De hecho, en sus FFJJ 7º y 9º establece cuales son las bases de enjuiciamiento del control de transparencia de condiciones generales que afecten a elementos esenciales del contrato, con expresión precisa de los criterios fijados por la jurisprudencia sobre el examen de omisión de información disponible suficiente para evidenciar cual sean las implicaciones funcionales de la inclusión de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, y en especial se refiere 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, la creación de una apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo, la ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...)*", todos ellos tomados directamente de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo .

Con ello, la Sentencia de la primera instancia se refiere a un tratamiento secundario dado por las entidades de crédito a dichas estipulaciones, sin una llamada de atención específica, de suerte que pudo pasar desapercibido respecto de la información general y verbal habitualmente atendida por los consumidores, quienes no suelen leer ni atender al gran conjunto de cláusulas accesorias a la información principal por estos identificadas, como el principal del préstamo, los años de amortización, la identificación del índice de referencia y su diferencial.

Así, la Sentencia recurrida se atiene a los parámetros de examen contenidos en la jurisprudencia, expuestos en el FJ (9) y ss. de esta sentencia, sin que haya acudido a otra clase de criterios o valoraciones distintos, en detrimento de aquellos. Como se ha señalado, cosa distinta es que, al aplicar precisamente dichos criterios jurisprudenciales, pueda llegar a conclusiones finales que se compartan o no.

**Motivo cuarto: error en la valoración de la prueba.**

(22).- *Contenido del motivo.* El recurso de BANCO SABADELL SA reseña como la Sentencia apelada habría omitido valorar circunstancias de hecho que revelaban que por las entidades de su grupo se estaba observando una pauta de contratación adecuada para evidenciar el uso y efecto de la cláusula suelo en sus contratos. Ello se desprende, señala, de la evidencia de las diferentes cuantías de suelo fijadas, prueba de que se evidenciaba en la negociación el efecto que tendría sobre el contrato; de la forma de aparición de las cláusulas en los documentos contractuales, destacadas y separadas del resto del contenido contractual; y de las advertencias formuladas durante el proceso de contratación con los clientes.

(23).- *Valoración del tribunal.* Como ya se señaló, se trata ahora examinar si el comportamiento de las entidades bancarias luego agrupadas en BANCO SABADELL SA observaron un comportamiento adecuado en sus procesos de contratación para dotar de transparencia suficiente el efecto prestacional futuro que podría tener la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario pactados con interés remuneratorio variable. Y debe tenerse presente en todo momento que tal análisis se hace exclusivamente en sede de una acción colectiva, por lo tanto, bajo los parámetros de examen posible del denominado control de transparencia en tal ámbito general, no el particular y propio de las acciones individuales.

Igualmente, para dicho examen se ha de partir también de las concretas pautas de imputación de falta de transparencia que se hubieran deducido por la parte actora, ADICAE, en su demanda. A lo largo de los más de 470 folios de demanda, más posteriores ampliaciones, esa parte actora reproduce el tenor literal de las cláusulas suelo habitualmente utilizadas por las entidades luego absorbidas por el BANCO DE SABADELL SA, y tras ello, en los FFDD de tal demanda, se refiere exclusivamente a la cláusula tipo, la suelo, sin distinción de entidades bancarias demandadas, y sobre ella realiza un largo análisis sobre su efecto en los contratos, esto es, la imposibilidad que provoca de trasladar a la cuota mensual de amortización, una bajada del tipo de referencia del interés variable; su carácter general no negociado, y por ello calificable como condición general de la contratación; su similitud al tratamiento dado por la jurisprudencia al tipo de cláusula denominada redondeo al alza; el desequilibrio que ello supone para los derechos del prestatario consumidor, y su consiguiente carácter abusivo.

(24).- Debe recordarse que las relaciones jurídicas examinables para llegar a concluir sobre la pauta de contratación de BANCO SABADELL SA, en orden a determinar si dotaba o no de transparencia suficiente el efecto de la inclusión de la cláusula suelo, provienen no solo de su propia contratación, sino también de la



absorción por dicha entidad de Banco Urquijo SA, Banco Guipuzcoano SA, Banco Herrero SA, Banco de Asturias SA, Banco Gallego SA, Caixa Penedés, y como cesionaria parcial de contratos de Banco Mare Nostrum SA, por lo que para realizar la evaluación del control de transparencia debería atenderse individualizadamente a las diferentes prácticas en cada una de tales entidades absorbidas o cedente.

Lo que no parece de recibo es presentar una valoración conjunta y global de los que se denomina práctica bancaria del grupo Banco Sabadell, ya que ello no responde al rigor de examen que deba hacerse para cada entidad, atendiendo al modo en que se haya dotado de transparencia el efecto de la cláusula suelo. Las conclusiones así predicables afectarán no al conjunto de aquel denominado grupo bancario, sino a las relaciones contractuales de préstamo en las que BANCO SABADELL SA, como tal, se haya subrogado como consecuencia de la absorción de dichas entidades.

**(25).**- Para realizar dicho examen, en la forma expuesta, se debe atender al conjunto de factores que rodean el procedimiento de contratación de cada una de tales entidades, no solo a uno de ellos, sino a todos, en la medida en la que puedan conformar dichos factores, desde diferentes ángulos, una imagen fiable del comportamiento contractual de la entidad de que se trate.

**(26).**- El primero de tales factores, desde luego, es el de la forma de presentación de la cláusula en el cuerpo mismo del contrato de préstamo, a fin de poder comprobar si de ello se desprende un enmascaramiento de las consecuencias prestacionales que dicha cláusula pudiera tener en el contrato, por supuesto, siempre respecto de aquel concepto normativo que constituye la figura del "*consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso*", en términos de la STJUE de 30 de abril de 2014 (A. Kasler, C.26/13), a la que han seguido luego los pronunciamientos sobre el control de transparencia de las SsTJUE de 9 de julio de 2015 (a. Bucura), de 21 de diciembre de 2016 (a. Gutiérrez Naranjo), y de 26 de enero de 2017 (a. Banco Primus).

Desde luego, no se trata de atender a la aparición efectiva de la cláusula en el texto del contrato, ni a su mera redacción gramatical comprensible, criterios que se deben vincular con el mero control de inclusión, de los arts. 5 y 7 LCGC. Para el examen de transparencia de lo que se trata realmente, siempre en el control abstracto propio de una acción colectiva, es de examinar si la entidad bancaria ha realizado tales requisitos de inclusión en tal manera que supongan un ensombrecimiento para la comprensión del efecto prestacional que tendrá tal cláusula, según en entendimiento del consumidor medio, informado, atento y cuidadoso ante la celebración de un contrato de la importancia obligacional como son los préstamos hipotecarios. Como ya se indicó, tal actuación del banco para diluir la atención de ese consumidor medio puede ser realizada, v. gr., a través medios tales como la ubicación de la cláusula incluida en el contrato en un lugar documental extravagante para ella (fuera o alejada del ámbito estipulatorio de la variabilidad de los intereses remuneratorios); la presentación de la misma ligada a conceptos ajenos al precio del contrato (tales como seguros, gastos, impuestos, intereses moratorios...); otorgarle la apariencia de que el efecto limitativo a la baja de la fluctuación de tipo de interés de referencia se somete a ciertas condiciones o requisitos que harán que difícilmente operará tal pacto en la realidad; al ofrecer la imagen de que la operatividad contractual de dicha cláusula pertenece a escenarios de la realidad prácticamente inverosímiles o absurdos; al ubicar dicha cláusula en mitad o al final de párrafos largos, cuyo objeto se inicia para el tratamiento de otros extremos, aún dentro del conjunto de pactos dedicados a la variabilidad de tipos de interés, y en donde aparece brevemente reseñada, sin resalte o sin énfasis gráfico alguno, de modo que se distrae la atención en una lectura en diagonal de los pactos; su presentación junto a otros elementos relacionados con sus efectos, de manera que se busque centrar la atención en ese segundo elemento (circunstancias secundarias potencialmente abaratadoras del precio, que tengan además escasa posibilidad de llegar a operar en la realidad); o particularmente la presentación conjunta del pacto de techo y suelo, dado que ello desvía la atención del consumidor hacia la aparente protección dispensada por el techo, efecto este tomado en especial consideración como criterio por la Jurisprudencia, STS 241/2013; etc...

**(27).**- En cuanto a la forma de presentación de las cláusulas que contiene dicho pacto de suelo en el conjunto de los contratos aportados a los autos, para cada una de las entidades en cuestión del denominado Grupo de Banco Sabadell, puede llegarse a afirmar, sin controversia especial entre las partes en esta segunda instancia acerca de tal extremo, que en todo lo sustancial aceptan las conclusiones fácticas sentadas en tal sentido por la Sentencia apelada, sin perjuicio de su valoración por este tribunal, que tal presentación en su forma típica es la siguiente:

1º.- Banco Guipuzcoano .

" Cláusula Cuarta.- (...) No obstante lo anterior, ambas partes acuerdan que el interés a aplicar en la presente operación no podrá ser nunca inferior al 4 por ciento anual nominal, de tal forma que si del cálculo del tipo de interés a aplicar en cada periodo de revisión, según lo previsto en los párrafos anteriores, resultara un interés inferior al citado 4%, se aplicará este último tipo". [Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo

hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria con Srs. Luis Alberto y Abilio , doc. Nº 811 del escrito de demanda].

Ese pacto aparece incluido en la Cláusula 4ª del contrato, intitulada " *Revisión del Tipo de Interés*". Se presenta el mismo al final de una detallada información sobre la forma de cálculo del interés variable de aplicación, y sin ningún énfasis gráfico del texto o llamada de atención con respecto a otros elementos de la misma cláusula, a los que en cambio sí se dota de mayor relevancia, al presentarlos en letra negrita, hecho este que de por sí puede desviar la atención sobre el efecto limitativo de la cláusula respecto de estos otros elementos resaltados, como el índice de referencia aplicable o su diferencial.

2º.- *Banco Gallego* .

" *Cláusula Segunda.- Intereses ordinarios (...)* Se establece que, a efectos hipotecarios, el tipo de interés remuneratorio no podrá exceder del 12% ni ser inferior al 4,50 %" [Pacto inserto en la página 12 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria con el Sr. Eutimio doc. número 469].

Esta estipulación se incluye dentro y al final de la cláusula 2ª, precisamente dedicada a la regulación de los " *Intereses ordinarios*", aparece en negrita, pero con el mismo resalte gráfico que el resto de los elementos básicos determinadores de los intereses remuneratorios fijados en forma variable, y ni siquiera en apartado específico sobre la variabilidad del tipo de interés.

3º.- *Caixa Penedés* .

Párrafo segundo, punto 3.3. de la " *Cláusula tercera (...)* No obstante, el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, en ningún caso podrá ser inferior al TRES por ciento ni superior al DIECINUEVE por ciento, tipos estos que tendrán la consideración de tipo de interés mínimo y máximo, respectivamente. Por tanto, si el tipo resultante de la revisión en cualquiera de los periodos de interés que comprende la segunda fase fuere inferior al tipo de interés mínimo o superior al tipo de interés máximo establecidos, serán éstos, tipo de interés mínimo en el primer caso y tipo de interés máximo en el segundo, los que se aplicarán al préstamo en el periodo de interés correspondiente" [ estipulación que aparece en la página 36 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con los Srs. Leoncio y Mateo , doc. número 259 de la demanda].

Se incluye al final del punto 3.3. "Revisión de tipos de interés", de la clausula tercera, bajo la rúbrica de "modificación de la hipoteca", por lo que se presenta como un elemento absolutamente secundario y menor respecto de la finalidad de concurrir a fijar el precio del contrato, respecto del nivel causal que a ese fin presenta el tratamiento dado en el propio contrato a elementos tales como el índice de referencia elegido o su diferencial, de presentación y dedicación estipulatoria contractual principal respecto de tal cláusula suelo.

4º.- *Banco Sabadell Atlántico*.

" *Cláusula Tercera bis.- Tipo de interés variable (...)* Las partes convienen expresamente que, cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable de interés ordinario así como el sustitutivo, incluida la posible bonificación, en ningún caso será superior al QUINCE POR CIENTO (15 %) ni inferior al CUATRO CON VEINTICINCO POR CIENTO (4,25%)" [Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Valentina . Doc. número 331].

Se presenta en el primer punto de la específica cláusula " *Tercera bis.- Tipo de interés variable*", donde consta en letra negrita la cifra que fija el mínimo posible la variabilidad a la baja del tipo de interés en negrita.

5º.- *Banco De Asturias* .

" *PACTO TERCERO BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE. (...)* 4. Límite a la variación del tipo de interés aplicable: durante la fase de interés variable y a todos los efectos, si el tipo de interés nominal aplicable, incluido el bonificado, resultare inferior al 3,5% por ciento se utilizará esta cifra como tipo de interés nominal aplicable". [Cláusula inserta en la página 27 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria con los Srs. Alonso y Camilo , doc. número 5062].

Esta cláusula aparece justamente ligada al pacto relativo a la regulación contractual de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio, en un apartado específico previsto para ella, y con la titulación específica sobre su objeto, la limitación a tal variabilidad del tipo de interés, especificando que operará en todo caso.

6º.- *Banco Herrero*.

" *PACTO TERCERO BIS. Tipo de interés variable. 3.4 B Límite de variabilidad de los tipos de interés nominal anual. Durante la fase de interés variable, y a todos los efectos, si el tipo de interés nominal anual aplicable, incluido el bonificado, resultare inferior al tres con setenta y cinco por ciento, se utilizará dicha cifra como tipo de interés nominal anual aplicable. A efectos hipotecarios, tanto respecto de la PARTE DEUDORA como de terceros,*

*el tipo máximo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo, durante la fase sujeta a intereses variables, será del diecinueve por ciento" [Cláusula inserta en la página 23 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por la Sra. Olga , doc. número 2113].*

Como se aprecia, dicha cláusula suelo se ubica dentro del pacto dedicado a la variabilidad del tipo de interés, justamente a lo que afecta y contiene su finalidad prestacional. Se regula en un apartado específico y separado de tal cláusula general, con una titulación propia, la de " *límite de variabilidad de los tipos de interés nominal anual*", con una descripción concreta de cuál será su efecto.

7º.- Banco Urquijo .

" *TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE (...)* Las partes convienen expresamente que cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 15,00% ni inferior al 4,25%". [Cláusula inserta en la página 26 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por los Ssr. Nemesio y Secundino , doc. número 223].

Aparece inserta en la estipulación dedicada a regular obligacionalmente el funcionamiento de la variabilidad de tipo de interés, pero sin una intitulación propia o subnumeración distinta de la general de la cláusula, lo que puede llevar a centrar la atención del consumidor medio en la forma de regular dicha variabilidad de tipo de interés, considerado como elemento capital para la determinación del coste del contrato, repercutido en cuotas periódicas de amortización, con desvío de lo que se presenta como secundario en el conjunto de la redacción de la cláusula, el tope inferior de tal variabilidad.

**(28).**- De ello, puede apreciarse un diferente grado esfuerzo de cada una de esas entidades por tratar de garantizar la efectiva transparencia que tendrá la inclusión de la cláusula suelo sobre los futuros débitos contractuales del consumidor, al ligar su aparición, de modo más o menos estrecho en cada ocasión, con la estipulación específica sobre la variabilidad del tipo de interés remuneratorio, y, según los casos, separar la misma de los demás apartados sobre la forma de fijar y aplicar el interés variable, con una importancia y tratamiento similar al otorgado al efecto principal, la variabilidad misma del tipo de interés.

Tal esfuerzo tiene una intensidad relevante en la práctica observada por Banco de Asturias. En cambio, no puede ser apreciada dicha voluntad de garantizar objetivamente la transparencia de la cláusula en la práctica realizada por Banco Guipuzcoano, Banco Gallego, Caixa Penedés y Banco Urquijo, donde existen elementos documentales en el contrato que de por sí son objetivamente aptos para desviar la atención del consumidor medio respecto del efecto de tope de tal pacto, y centrar el cuidado del adherente en otros elementos más principales, como la existencia misma del interés variable, su índice de referencia o el diferencial aplicable al mismo.

En cuanto a Banco Sabadell Atlántico y Banco Herrero, es cierto que existe un esfuerzo relevante también para separarse en algo de la práctica realizada por las demás entidades señaladas, valorada dicha práctica conforme a los parámetros que se han expuesto sobre el control de transparencia aplicado en abstracto. Pero pese a ello, dichas entidades presentan la cláusula suelo junto con el pacto de techo, limitador al alza de la variabilidad de tipo de interés, lo que ha sido precisamente valorado por la jurisprudencia como un comportamiento apto para oscurecer la comprensión de los efectos prestacionales de dicha cláusula, al desviar la atención del consumidor medio hacia la aparente protección a su favor que pueda provenir de aquel tope máximo, razón esta que impide esquivar la conclusión de nulidad acogida en la Sentencia apelada. En tal sentido, SsTS nº 241/2013, de 9 de mayo, FJ 13º, pf. (225) ; o nº 138/2015, de 24 de marzo , FJ 5.4.

**(29).**- Aun que, como ya se señaló antes, la evaluación sobre el comportamiento estándar de la entidad bancaria respecto a la dotación de transparencia del efecto derivado de la inclusión de tal cláusula en sus contratos, frente a la figura del consumidor medio, deben tenerse presente todos los factores posibles, reveladores de tal pauta de contratación, adicionales a aquel ya examinado.

En particular, se ha de atender la información precontractual dispensada con anterioridad al contrato, desde la directamente informativa a la publicitaria incluso. Respecto de ello, existen los documentos denominados de oferta vinculante previa. Desde luego, tal práctica se relaciona con el cumplimiento de la normativa especial sectorial, derivada de la OM de 5 de mayo 1994. Tales deberes se ubican sistemáticamente dentro de la superación del control de incorporación, arts. 5 y 7 LCGC, no estrictamente con el de transparencia. Es decir, se trata de requisitos cuya función es revelar la existencia misma de la cláusula y su comprensibilidad gramatical, no tanto, en sí mismos, la de asegurar la claridad de las consecuencias económicas para el contrato, resultante de aquella inclusión, en términos de juicio de transparencia. Respecto de la independencia de enjuiciamiento entre un plano y otro, una vez llegada la conclusión de que la cláusula hubiera quedado incorporada, se indicó en la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 132/2017, de 10 de marzo , FJ 2º, que:



" En este sentido, La STS de 24 de marzo de 2015 señaló que el cumplimiento de las prescripciones de la Orden de 5 de mayo de 1994 no garantiza la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 señala que la oferta vinculante no puede llenar los requisitos de transparencia cuando siguen el mismo esquema formal que la escritura pública analizada, donde la cláusula suelo, referida a un tipo mínimo anual, queda encuadrada en el apartado con referencia al tipo de interés variable, sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias."

No obstante lo anterior, en orden a valorar el esfuerzo de cada entidad bancaria para lograr la suficiente transparencia de dicha cláusula, sí cabe atender al menos a la forma o manera que dicho pacto limitativo a la baja de la fluctuación del tipo de interés variable, es presentado en la propia oferta vinculante, de modo que difícilmente pueda pasar desapercibido para un consumidor medio, como el referido en las SsTJUE, razonablemente informado, atento y cuidadoso, de suerte que frente a él sería necesario algún tipo de actuación tendente a eludir su atención y cuidado.

Así, en cuanto a Banco Sabadell Atlántico pueden apreciarse las ofertas vinculantes realizadas a favor de los Srs. Alfredo y Abel , de Íñigo y Ovidio , Carlos José y Andrés , Esteban y Julián , por todas las aportadas, donde en bloques de recuadros separados, aislando unos datos de otros dentro incluso de cada cuadro, y presidido cada uno de ellos por un título específico (*importe, amortización, interés, comisiones, gastos e intereses de demora*, respectivamente), se hace constar la cuantía del principal del préstamo, el periodo de amortización total, en cuotas mensuales, el día de cobro, el interés variable, el índice de referencia y el diferencial aplicable, en lo ahora relevante. Todo ello únicamente en 4 páginas. Y con llamada separada y aislada respecto de otros datos, la mención de " *cualquiera que fuera lo que resulte de la revisión de tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 15,00% ni inferior al 4,25%*" [bloque documental nº 5 de la contestación de BANCO SABADELL SA]. Pese a todo ello, de nuevo, la vinculación con la que se presenta el tope mínimo del índice de variabilidad del tipo de interés respecto del tope máximo de tal margen de variabilidad, es valorado jurisprudencialmente como un comportamiento apto para el ensombrecimiento de las potenciales cargas futuras sobre el consumidor que pudiera desplegar la cláusula suelo, al distraer su atención sobre la aparente seguridad de aquel otro tope máximo, lo que impide de por sí extraer otras conclusiones distintas de las adoptadas por la Sentencia apelada.

**(30).**- Finalmente, por BANCO SABADELL SA se aporta un cuadro resumen donde se recoge que aquellas entidades de entre las cuales se ha apreciado una diligencia superior para dotar de transparencia suficiente la cláusula suelo, esto es, Banco Sabadell Atlántico, Banco de Asturias y Banco Herrero, han aplicado de modo simultáneo en el periodo de tiempo señalado, entre 1997 y 2010, distintas cifras para fijar el interés porcentual que constituye el suelo, variando entre el 5,50% y el 2,00% [doc. nº 4 de la contestación de BANCO SABADELL SA].

Desde luego, ello no implica que por tal razón se haya de suponer que las cláusulas son negociadas individualmente, como sostiene el recurso de apelación de BANCO SABADELL SA, para comprometer su naturaleza de condición general. Por lo demás, la mera negociación de la cuantificación de la cifra porcentual fijada como suelo tampoco haría desaparecer en sí mismo aquella naturaleza. Pero tal circunstancia quizás hubiera sido valorable desde otra perspectiva, en cambio. La variación podría obedecer a la percepción de tal suelo, en cuanto a estipulación del contrato, como un elemento importante en la oferta de financiación, valorable para la concertación del contrato, por parte del consumidor medio, conocedor de las implicaciones económicas que rebajar tal suelo supondrá para sus posibles débitos prestacionales futuros, y con ello, revelador de la conciencia sobre la importancia de los efectos de este tipo de pacto. Lo que ocurre es que no es posible obtener con seguridad tal conclusión, una vez apreciada la forma en la que se presenta la cláusula en los contratos de las entidades señaladas, enlazada con el pacto de techo, y bajo la influencia que supone tal presentación conjunta.

**(31).**- De acuerdo con lo anterior, no puede alcanzarse una conclusión de intransparencia de la práctica estándar observada por Banco de Asturias, respecto del consumidor medio, siempre valorado esto con las especiales particularidades que impone el control de la transparencia de la condición general de la contratación en el concreto y preciso marco de la acción colectiva, esto es, su examen abstracto, ya antes expuestas.

A ello se ha de añadir una *precisión fundamental*, sobre el alcance de esta conclusión respecto de acciones individuales que pudieran entablarse por concretos consumidores frente a dicha entidad ahora absorbida por BANCO SABADELL SA. En consonancia con lo ya expuesto sobre la especial naturaleza del control



de transparencia cuando el mismo se implementa en forma abstracta, ha de recordarse que existen circunstancias de hecho que no resultan atendibles en la acción colectiva, y en cambio suponen la esencia del control individual, donde las mismas cobran toda su relevancia esencial, aptas para revelar en esa sede de examen la intransparencia de la cláusula, en cada concreto supuesto, incluso aun cuando se hubieran respetado por el banco los parámetros mínimos de transparencia que son objeto de observación en el ámbito del control abstracto, ya que éste se presenta como limitado al examen de las exigencias de mínimo para predicar con carácter general, amplio, la transparencia de la práctica del predisponente, y deja lo demás para la sede natural de aquel control de transparencia, la acción individual. En tal sentido, resalta la *STJUE de 16 de abril de 2016, c. 381/2014, ap. 41*, que uno y otro juicio, abstracto y concreto, para un mismo control de transparencia, son de " **diferente naturaleza** " (énfasis añadido).

**Motivo quinto: Infracción de la jurisprudencia en cuanto a la fijación de la extensión de efectos de la sentencia declarativa de nulidad, por acción de cesación.**

(32).- *Contenido del motivo.* Señala el recurso de BANCO SABADELL SA que la Sentencia apelada ha declarado la nulidad de todas las cláusulas suelo recogidas en los contratos celebrados por dicha entidad, siempre y cuando tengan el mismo tenor literal que el expresado en los FFJJ de tal Sentencia, en los cuales se recopila los habitualmente utilizados por cada entidad.

Pero frente a ello, señala el recurso, se ha de evitar una generalización errónea y genérica de tal efecto, puesto que la nulidad declarada, mal o bien, se basa en la falta de transparencia de dicha cláusula, no en su contenido interno. Por ello, continúa, solo podrán ser nulas las cláusulas que además de coincidir en lo esencial con el tenor literal, sean también intransparentes en cada caso concreto y particular, frente a cada consumidor aislada e individualmente considerado. Es decir, concluye, no es posible hacer tabla rasa de las circunstancias genéricas observadas en el control abstracto, en acción colectiva, respecto de todas y cada una de las relaciones contractuales de la entidad, en las que sí ha podido existir de modo efectivo transparencia.

(33).- *Valoración del tribunal.* Un planteamiento como el expuesto en el recurso de BANCO SABADELL SA llevaría a una total inutilidad de la acción colectiva de cesación en materia condiciones generales de la contratación cuando por medio la misma se actúe el denominado control de transparencia. Es decir, el pronunciamiento obtenido en el proceso donde se tramita tal acción colectiva, basada en la falta de transparencia de determinado tipo de condición general de la contratación, carecería de toda consecuencia práctica si para expurgar de cada contrato tal tipo de cláusula, fuese necesaria luego el ejercicio de una nueva acción individual en la que se examinase, ya en concreto, la efectiva falta de transparencia en el caso del consumidor aisladamente considerado.

Una vez admitido jurisprudencialmente el cauce del control abstracto, a través de las acciones colectivas, para el examen de transparencia, ha de respetarse la generalidad de los efectos que el pronunciamiento deba tener conforme a la naturaleza propia de dichas acciones colectivas. Ello no es confundible con lo ya antes expuesto en esta resolución, sobre la necesaria modulación de lo que resulta examinable para predicar la transparencia, o su falta, cuando este tipo de control especial se ha de aplicar por medio del ejercicio de una acción colectiva. Es decir, las peculiaridades derivadas de la tensión entre los presupuestos del juicio de transparencia, su acendrado apego a la biología del contrato individual, y la abstracción del control en sede de acciones colectivas, determina la forma y premisas en las que debe aplicarse aquel juicio de transparencia, no en el forzamiento extralegal de los efectos que deba tener un fallo dictado en ejercicio de acciones colectivas.

Por ello, sin perjuicio de la práctica que observe en el futuro la entidad bancaria afectada para dotar en lo sucesivo de transparencia suficiente a la cláusula suelo, intrínsecamente válida en cuanto a su contenido jurídico, si desea seguir empleándola, la cuestión es que declarada en determinado momento su intransparencia, según los parámetros especiales de juicio que deben usarse en sede de control abstracto, tal cláusula habrá de ser reputada nula en los contratos afectados, y retirada consecuentemente. A respecto de dicho alcance, señala la *STS nº 367/2017, de 8 de junio, FJ 2º.6*, que:

" En este sentido, hemos afirmado en las sentencias 401/2010, de 1 de julio , y 241/2013, de 9 de mayo ( en lo sucesivo nos limitaremos a citarla como sentencia 241/2013 ), que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme.

7.- Es relevante lo declarado sobre esta cuestión en la *sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10* :



"41. En cuanto a la segunda parte de la primera cuestión, relativa a las consecuencias que los órganos jurisdiccionales nacionales han de aplicar en el caso de la declaración, en el marco de una acción de cesación, del carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las CG [condiciones generales] de los contratos celebrados con consumidores, en primer lugar procede recordar que la facultad del juez nacional para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual constituye un medio idóneo para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en el artículo 7 de la Directiva (véase la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 27 y jurisprudencia citada). Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que dicho juez deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase la sentencia Mostaza Claro, antes citada, apartado 38).

"42. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia Perenièová y Pereniè, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción [colectiva] de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula.

"44. Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que:

*- no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación;*

*- cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las CG, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula".*

## **II.- Recurso de apelación entablado por CAJA LABORAL POPULAR SOC. COOP. CRED .**

**Motivo primero (procesal): indebida acumulación subjetiva de acciones y denegación de prueba en primera instancia.**

**(34).- Contenido del motivo.** Expone el recurso de CAJA LABORAL POPULAR que si la acción de nulidad entablada por ADICAE se hubiera basado en la ilicitud *per se* de la cláusula suelo, no existiría problema alguno en que se hubieran acumulado en la demanda acciones contra más de un centenar de entidades de crédito, todas ellas predisponentes de ese mismo tipo de cláusula en sus contratos de préstamo. Pero al plantear, continua el recurso, no aquella ilicitud *per se*, sino la forma de utilización abusiva de cada cláusula por cada una de esas entidades bancarias demandadas, no cabría dicha acumulación de acciones, al referirse a la particular conducta de cada una de tales entidades, máxime cuando ADICAE redujo sus pretensiones tan solo a las del art. 12 LCGC, y no fue más allá, a las propias de la acción de cesación del art. 53 TRLGDCyU.

Señala además que, incluso si conforme al art. 12 LCGC pudiera admitirse esa acumulación subjetiva de acciones, la excesiva acumulación de entidades demandadas en la demanda de ADICAE genera un abuso de Derecho y resulta contrario a la buena fe procesal, al generar una tramitación caótica, y perjudica los derechos de defensa de la parte demandada.

Finalmente, añade el recurso que se le denegó prueba propuesta en primera instancia, la cual era procedente y necesaria, frente a lo que formuló protesta.

**(35).- Valoración del tribunal (I): indebida acumulación de acciones.** Contestando de forma directa a la objeción planteada, ha de indicarse que resulta la misma rechazable, ya que aún cuando se diera por buena, a los meros efectos dialécticos, la afirmación de que existe en la demanda de ADICAE una indebida acumulación de acciones, el recurso de CAJA LABORAL POPULAR no concreta en absoluto que indefensión se le estaría causando por dicha irregularidad procesal. Esta parte apelante se limita exclusivamente a señalar de una forma



genérica que el excesivo número de entidades demandadas ha provocado una tramitación caótica del proceso, pero sin establecer con claridad cuáles son las concretas oportunidades o derechos procesales conculcados para esta parte demandada, que hubieran podido generar indefensión, conforme a lo dispuesto en los arts. 238.1.3º LOPJ y 225.1.3º LEC. Ello basta para desestimar el presente motivo.

En cualquier caso, ha de recordarse que la demanda de ADICAE, presentada en el año 2010, según el estado de la doctrina generalmente aceptada entonces sobre control de contenido de condiciones generales de la contratación, se basaba esencialmente en argumentos sobre la abusividad intrínseca de la cláusula suelo, por tanto, afectantes al hecho mismo de la aparición de tal cláusula en toda clase de contratos, de cualquier entidad bancaria, siempre y cuando fuese reconocible por su efecto como tal pacto de suelo, y solo tangencialmente se hablaba de mala fe en la introducción sorpresiva de la cláusula. Posteriormente, ya desarrollado buena parte del trámite del presente proceso, al vertebrar el eje de controversia procesal y decisión de la Juez *a quo* el denominado control de transparencia, podría sostenerse que dadas las especiales circunstancias que dicho control exige atender, apegadas íntimamente a la realidad fáctica individualizada de la práctica seguida por cada entidad bancaria, las acciones subjetivamente acumuladas, art. 72 LEC, se basarían en hechos diferentes y separados, de suerte que no podría predicarse su acumulabilidad. Por tal razón, se habría dificultado el control de acumulación al menos el momento de incoación del proceso, dados los argumentos principales de la demanda.

**(36).- Valoración del tribunal (II): denegación indebida de prueba en primera instancia.** Ya se ha indicado antes en esta resolución cual es el tratamiento procesal específico de la alegación de inadmisión indebida de prueba en la primera instancia, como motivo de recurso frente a la resolución de fondo, de acuerdo con lo previsto en el art. 460.2.1º LEC. A tal exposición previa se remite esta alegación de recurso.

#### **Motivo segundo (procesal): Incongruencia extrapetita de la sentencia .**

**(37).- Exposición del motivo.** Indica el recurso de CAJA LABORAL POPULAR que por parte de ADICAE se ejercitaron las acciones del art. 12 LCGC, y no las del art. 53 TRLGDCyU, cuando pudo haberlo hecho. Con ello, tal parte actora habría fijado el objeto del proceso. Tal art. 12 LCGC, señala la parte recurrente, comprende las acciones de cesación, restitución y declarativa, y su causa de pedir se encuentra en la abusividad de tales cláusulas, y ello debe ser el objeto del proceso. En cambio, el control de transparencia de la conducta queda fuera de la acción de cesación del art. 12.2 LCGC, y caería en la del art. 53 TRLGDCyU, no ejercitada.

Además, continua el recurso, la acción de cesación del art. 12.2 LCGC tiene como presupuesto la nulidad de las condiciones generales afectadas, pero ello debe recogerse en los fundamentos de la sentencia, no en su fallo, ya que es una declaración incompatible con el tipo de acción ejercitada, al estar embebida en ella. Así, indica, se da una paradoja ya que, al haber desestimado la acción declarativa, en cambio considera la estipulación suelo como una condición general de la contratación, presupuesto indispensable para declarar su nulidad.

Finalmente, en cuanto a la orden de cesar en la utilización en forma no transparente de tal tipo de cláusula, que se recoge en el Fallo, sostiene el recurso que se trata de una modulación introducida por la Juez *a quo* no pedida por ADICAE, la cual postulaba únicamente una declaración de nulidad por abusividad, nulidad que no puede ser modulada en forma alguna. Para ello, continúa, debiera haberse ejercitado la acción del art. 53 TRLGDCyU.

**(38).- Valoración del tribunal.** No pueden ser apreciadas las concretas causas de incongruencia procesal de la sentencia, invocadas en el recurso. De entrada, solo un entendimiento no adecuado del control de transparencia, en los términos en los que éste ha sido fijado por la jurisprudencia, puede sostener la afirmación de que es algo ajeno al control de contenido típico-legal de las condiciones generales de la contratación, el que sostiene la acción del art. 12 LCGC, y relacionarlo en cambio con el mero control de inclusión. Y ello porque la propia falta de transparencia conlleva extender el examen de abusividad a pactos circunscritos en el denominado objeto principal del contrato, como segundo paso de análisis, según el tipo y contenido de pactos sobre los que recaiga el análisis, y que en el caso del pacto de suelo conlleva la producción de un desequilibrio en contra del consumidor. En tal sentido, señala la STS nº 25/2018, de 17 de enero, FJ 4º.9, que:

"En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar



correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, *sentencia 367/2017, de 8 de junio* y las que en ella se citan)".

**(39).**- En segundo lugar, el recurso de CAJA LABORAL POPULAR confunde dos planos al imputar falta de congruencia a la Sentencia de la primera instancia por declarar la nulidad de las cláusulas afectadas, cuando lo que se ejercitaba era una acción de cesación del art. 12 LCGC. La incongruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC consiste estrictamente en el desajuste entre lo que es objeto de concesión o pronunciamiento en el fallo y lo que fue objeto de solicitud por la parte. Y no cabe duda de que la demanda de ADICAE pidió la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión, solicitud a la que se ajusta el pronunciamiento del Fallo de la Sentencia apelada. Ello descarta el vicio de incongruencia.

Lo que parece que quiere indicar el recurso es que, si se trataba del ejercicio de una acción de cesación del art. 12 LCGC, entonces la norma no exige hacer pronunciamiento de nulidad del fallo, aun cuando se acoja la acción, ya que basta con la orden de cesación. Pero tal afirmación del recurso no puede ser examinada a través del prisma de la incongruencia procesal de la sentencia, institución que se limita a lo ya señalado antes. Extremo distinto, es si al hacerlo, la sentencia es o no ajustada a Derecho, aun cuando fuera congruente, pero tal extremo no se alega en el recurso de CAJA LABORAL POPULAR, sino que se ubica únicamente bajo el reproche de falta de congruencia.

Por lo demás, y con el mero afán de dejar contestado este argumento, no resulta incongruente que la sentencia declare la nulidad de la condición general afectada por la acción de cesación del art. 12.2 LCGC, dado que, de un lado, aquella nulidad es presupuesto necesario e imperativo de la orden de cesación misma, y de otro lado, se han de tener presentes cuáles han sido los términos fijados jurisprudencialmente sobre la congruencia de las sentencias, a tenor del art. 218.1 LEC, al señalar, por todas, la *STS nº 834/2009, de 22 de diciembre, FJ 5º*, que:

*" Como declaran las SSTS de 21 de julio de 2000 , 17 de diciembre de 2003 , 6 de mayo de 2004 , 31 de marzo de 2005 , 17 de enero de 2006 , 5 de abril de 2006 , 23 de mayo de 2006 y 18 de junio de 2006 , entre otras muchas, la incongruencia, como vicio interno de la sentencia, existe cuando se concede más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado; cuando no se resuelve sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso; cuando se aprecian excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo cuando puedan estimarse de oficio; o, finalmente, cuando se altera por el Tribunal la causa petendi [causa de pedir] como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso, generando la consiguiente indefensión para la otra parte.*

*Esta última infracción es la que en este motivo se imputa a la sentencia recurrida.*

*Sin embargo, como declara la STS de 8 de marzo de 2006 , no es exigible el rigor formal de una correspondencia exacta con las peticiones de las demandas, proyectadas en sus suplicos, sino que la sentencia, adecuadamente coherente con la exposición fáctica y la fundamentación jurídica, ponga de relieve que se resuelve sobre lo que en definitiva se reclama, al margen de consideraciones abstractas sobre la naturaleza o la estructura de la pretensión deducida".*

**(40).**- Como se señaló antes, denuncia también el recurso de CAJA LABORAL POPULAR que la Sentencia de la primera instancia es incongruente porque desestima la acción declarativa de condición general de la contratación del art. 12.4 LCGC, y en cambio, para la acción de cesación aprecia que se está ante condiciones generales de la contratación, ya que esto es un presupuesto de dicha acción de cesación, lo que es incongruente, afirma.

De nuevo, el recurso formula esta objeción bajo el reproche de falta de congruencia procesal de la sentencia, art. 218.1 LEC. Con ello es imposible determinar en qué se ha extralimitado aquel Fallo respecto de lo que constituyó objeto del proceso, como para poder hacer la comparación exigida en el examen de incongruencia procesal, ya que el recurso no indica cuál es el pronunciamiento que no se sostiene en petición alguna.

Ni aun tratando de reconducir por este tribunal la alegación de la parte a un reproche más ajustado, como sería un defecto de motivación por incoherencia interna de la argumentación de la resolución, puede admitirse la objeción. Olvida el recurso de CAJA LABORAL POPULAR, olvido de grueso calibre, que la Sentencia apelada no desestima aquella acción declarativa por que no se esté ante una verdadera condición general de la contratación, sino que en su FJ 11º, afirma tajante y claramente estar ante una condición general de la contratación, y desestima aquella acción declarativa porque por ADICAE no se solicita la inclusión de la misma en el correspondiente Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que considera es un requisito de dicha acción. No habría pues incoherencia interna argumental en la Sentencia, entre desestimar esta acción declarativa y estimar la de cesación.

**(41).**- Finalmente, tampoco puede entenderse incongruente el fallo de la Sentencia apelada por el hecho de que incluya una condena de cesación a futuro, y ni siquiera, si es lo que pretendía decir el recurso, que no se



ajuste al Ordenamiento un pronunciamiento de ese tipo, realizado al amparo del art. 12.2 LCGC. Basta con la lectura del tenor literal de tal precepto para concluir que el ejercicio de la acción de cesación, como la entablada por ADICAE, comprende no solo la eliminación de tales cláusulas reputadas nulas en los contratos vigentes, sino también la prohibición de continuar usando la misma en el futuro.

Y de hecho, en este caso, al basar la causa de nulidad de tales condiciones generales en la falta de transparencia, la Sentencia apelada trata de respetar la validez del contenido intrínseco de la cláusula, y de manera coherente con aquel juicio de transparencia, lo que dispone es la prohibición de su uso en forma no transparente. Nada que reprochar por la alegada falta de incongruencia, pues.

**Motivo tercero (sustantivo): fracaso del control de abusividad sobre la cláusula suelo e ilegalidad del control de transparencia.**

(42).- *Formulación del motivo.* Señala el recurso de CAJA LABORAL POPULAR que, dados los requisitos para apreciar la abusividad de una condición general de la contratación, no puede ser predicada la abusividad de la cláusula suelo, por su contenido, sino que la cuestión se centra en su validez, la cual depende de cosas al margen de aquella abusividad. A partir de tal punto, indica, el denominado doble control de transparencia carece de cobertura legal alguna, y realmente se apunta, a través de la comprensibilidad gramatical y la comprensibilidad real de la cláusula, a los requisitos del control de incorporación o inclusión, pero sometidos adicionalmente a un examen de cumplimiento efectivo de sus requisitos. Por tanto, más allá del cumplimiento de las exigencias de la normativa sectorial especial sobre deberes de inclusión efectiva de las cláusulas, solo existe una valoración irracional por la Sentencia de las exigencias de la transparencia.

(43).- *Valoración del tribunal.* No es objeto de resolución judicial controvertir en sí mismas exposiciones jurídicas de las partes litigantes, las cuales no se pueden compartir, sino admitir o rechazar las conclusiones jurídicas alcanzadas, las que se utilizan para acoger las pretensiones y resistencias de cada parte litigante, con el fundamento jurídico que el tribunal estima aplicable. Pero lo cierto es que la exposición de este motivo de CAJA LABORAL POPULAR entremezcla y confunde los conceptos esenciales del control de condiciones generales de la contratación, centra la cuestión del examen de transparencia en sede de control de inclusión, sobre el cumplimiento de sus requisitos, extiende de modo automático la comprensión gramatical de la cláusula al entendimiento efectivo de las implicaciones económicas de sus efectos obligacionales, desconoce el significado y alcance mismo del control de transparencia y su ubicación sistemática en esta materia de examen de condiciones generales de la contratación, así como los efectos de la apreciación de su falta de concurrencia, todo ello con evidente alejamiento de la doctrina jurisprudencial que con abundancia se cita en el propio recurso.

No es necesario contestar una a una todas esas formulaciones y tesis jurídicas, no compartidas, sino que basta para rechazar sus conclusiones remitir a la parte a lo ya expuesto en esta resolución acerca de la sistemática y contenido del control sobre condiciones de la contratación, FFJJ (6) a (13) y la ubicación en su seno del denominado examen de transparencia.

**Motivo cuarto: improcedencia de la restitución de cantidades.**

(44).- *Formulación del motivo.* Para el caso de mantenerse la declaración de nulidad del tipo de cláusula atacada, indica el recurso de CAJA LABORAL POPULAR que no pueden ser proclamados efectos retroactivos de dicha nulidad, respecto de la devolución de las cantidades cobradas por aplicación de tal pacto, ya que no tiene una mala fe sobrevenida tras la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, puesto que ha estado y sigue convencida de la validez de la misma, de suerte que solo tras la STS 139/2015, de 25 de marzo, podría proclamarse el conocimiento de la obligación de restituir, en su caso.

De otro lado, indica que sería de aplicación el art. 1.756 CC, el cual determina que cuando el prestatario ha pagado intereses de préstamo, sin estar estos estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital, el cual operaría tras la eliminación de la cláusula suelo de los contratos.

(45).- *Valoración del tribunal.* La cuestión del alcance de los efectos restitutivos generados por la declaración de la nulidad está fijada definitivamente a través de la doctrina sentada por la STJUE (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016, pronunciada en contestación a las cuestiones prejudiciales planteadas por diversos órganos judiciales españoles (asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15), la ha declarado que la restricción de los efectos de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo es contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, e indica que " En consecuencia, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales declarando que : "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que



limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Por ello, los planteamientos del recurso de CAJA LABORAL POPULAR se encuentran ya totalmente superados por dicha doctrina sobre esta cuestión, donde la restitución no depende de la buena o mala fe de la entidad perceptora, sino de la ineficacia radical de la cláusula contractual que permitía la percepción de determinadas cantidades, que deja sin causa de atribución patrimonial las sumas recibidas.

(46).- No es de admisible en este ámbito la invocación del art. 1.756 CC, por múltiples razones. Basta con señalar que dicho precepto no está previsto para la regulación de supuestos de nulidad de pactos, sino que opera precisamente para la ordenación del desarrollo del tracto de cumplimiento normal del contrato. En segundo lugar, el tenor de la norma descarta su posible aplicación, ya que parte del hecho de que las partes no hubieran acordado la previsión del pago de intereses, justamente lo que se hace en todos estos préstamos mercantiles.

### III.- Recurso de apelación de BANCO CAMINOS SA .

#### Motivo primero: valoración de prueba y superación del filtro de transparencia.

(47).- *Contenido del motivo.* Se aduce en el recurso que, de lo que consta en autos, puede comprobarse que por BANCO CAMINOS SA se ha cumplido plenamente con las exigencias que fija la Sentencia de la primera instancia como constitutivas del control de transparencia sobre este tipo de cláusula, de modo que por su presentación y redacción se evidencia al consumidor que el pacto de cláusula suelo es de una relevancia tan grande, al menos, como los demás elementos contractuales implicados en la fijación del precio del contrato.

(48).- *Valoración del tribunal.* En efecto, como ya se ha señalado en la exposición sistemática de los criterios de valoración para el control de transparencia en sede de acciones colectivas, esto es, en forma abstracta, no en acciones individuales, la esencia de dicho control consiste en que al consumidor medio de esta clase de contratos, se le evidencie que las consecuencias prestacionales para sus futuros débitos contractuales, derivadas de la inclusión de la cláusula, tienen o pueden tener la relevancia que efectiva y objetivamente van a resultar o resultarían en el tracto de cumplimiento contractual, en un plano similar al que dicho consumidor medio otorga a otros elementos del contrato, que atraen su atención al fijar cuestiones que si suelen evidenciarle aquellas cargas para él, tales como el índice de referencia del interés variable o el diferencial aplicable al mismo. Y de modo particular, habrá de observarse que no se produzca un ensombrecimiento o atenuación, por cualquier circunstancia, de la relevancia de tales efectos económicos sobre los deberes contractuales del consumidor, o bien el enmascaramiento de sus efectos, como si la finalidad de la cláusula fuera distinta de la real determinación del precio o coste del contrato.

En tal sentido, puede señalarse que la cláusula suelo inserta en contratos del BANCO CAMINOS SA se presentaba bajo la forma siguiente: " ... No obstante, el tipo de interés nominal anual a aplicar en cada periodo de liquidación, no podrá ser superior al 18,50 % nominal anual, ni inferior al 2,50 % nominal anual" [Cláusula inserta en la pag. 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Sr. Luis Antonio , doc. nº 922].

Como se ha señalado, no se trata de que su redacción sea clara y gramaticalmente comprensible, incluso sencilla para cualquier lector, criterios estrictamente relacionados con control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC. El filtro de transparencia consiste en algo distinto, más allá de dicha comprensibilidad gramatical. En el caso de BANCO CAMINOS SA, la cláusula se presenta de un modo secundario y de menor relevancia que el resto de los elementos del contrato que atraen la atención del consumidor por entenderlos básicos para fijar sus cargas contractuales futuras, como el tipo de interés, variable, el índice de referencia o el diferencial aplicable, sin que aquel pacto de suelo goce de rasgos de importancia equivalente a los anteriores, ni de un párrafo o apartado independiente, o numeración propia dentro del clausulado, de suerte que las implicaciones de su contenido se presentan como algo menor, secundario o accesorio respecto de aquellos otros elementos esenciales. Ante ello, no puede superar las exigencias fijadas por el control de transparencia.

#### Motivo segundo: restitución de cantidades abonadas.

(49).- *Exposición del motivo.* Indica el recurso de BANCO CAMINOS SA que la condena a restituir las cantidades resulta injusta, ya que se trata de una pequeña y modesta entidad bancaria, y tal condena compromete el rendimiento mínimo que dicha entidad dispone en su actividad financiera. Por lo demás, como reconoce el Banco de España, la cláusula suelo tiene un efecto positivo y estabilizador del mercado bancario, y su retirada conllevaría un aumento de los precios para obtener financiación a cargo del consumidor. Finalmente añade



que tal cláusula suelo aparece indisolublemente unida a una forma de determinación del precio del contrato, y se le está imponiendo a la entidad un examen de validez que no era exigible ni requisito al momento de celebración del contrato.

**(50).- Valoración del tribunal.** Ninguno de los argumentos aportados incide siquiera, dado su contenido, en la determinación jurídica de los efectos de nulidad de un pacto o condición contractual, en los términos regulados civilmente, art. 1.303 CC. Es decir, carecen de toda virtualidad jurídica para apartar la consecuencia legalmente prevista para la declaración de nulidad, ya que se refieren a extremos extra-jurídicos, como el tamaño de la entidad bancaria, o de conveniencia macroeconómica.

Finalmente, no es cierto que se esté imponiendo al banco consecuencias por infracción de deberes contractuales que realmente no existían al tiempo en que se celebraron las contrataciones. De entrada, tal argumento podría estar mejor relacionado con la aplicabilidad del control de transparencia, que con la negación del efecto de la nulidad una vez ya apreciada. Aun así, no es cierto que el control de transparencia aparezca, por así decirlo, en el Ordenamiento jurídico español con la STS nº 241/2013. Tal deber a cargo de dotar de plena transparencia el efecto prestacional de las estipulaciones del contrato, corría a cargo del predisponente desde el principio mismo de interdicción de la abusividad en las condiciones generales de la contratación frente al consumidor, proclamado positivamente al menos desde la primera LGDCyU, de 1984.

#### **IV.- Recurso de apelación formulado por BANCA MARCH SA .**

##### **Motivo primero (procesal): indebida denegación del acceso de prueba en primera instancia.**

**(51).- Planteamiento del motivo.** Estima el recurso de BANCA MARCH SA que se ha producido una nulidad de actuaciones en el presente procedimiento, derivada de la denegación del recibimiento del pleito a prueba, lo que, a su juicio, trasciende de la mera posibilidad legal de proponer en segunda instancia como remedio, y supone una vulneración de la tutela judicial efectiva, y conculca el verdadero alcance del derecho a la doble instancia procesal.

**(52).- Valoración del tribunal.** En buena medida, como ya se ha señalado en esta resolución, se ha de remitir el presente motivo de recurso a lo indicado antes sobre la respuesta que generalmente merece la alegación de denegación de prueba en la primera instancia, formulada como motivo autónomo de recurso contra la resolución de fondo. En particular, a lo expuesto sobre su falta de virtualidad como causa de nulidad de actuaciones, arts. 238 LOPJ y 225 LEC, dado que su tratamiento legal es el de dispensar la oportunidad de su propuesta y práctica en la segunda instancia, art. 460 LEC.

No obstante, en el recurso de BANCA MARCH SA se sostiene algo adicional a ello. Es cierto que la denegación de acceso a prueba en la primera instancia puede tener una relevancia que sobrepase el mero remedio legal de su propuesta y práctica en vía de apelación, art. 460 LEC. Ello se da, con total excepcionalidad, cuando tal denegación pasa a tener una incidencia en el derecho a tutela judicial efectiva, por generar indefensión a la parte y convertir el derecho al proceso en doble instancia en una mera figuración formal, en cuanto a la integración de los elementos fácticos del litigio, cuando el Juez a quo ha prescindido por completo de toda práctica de prueba y ha utilizado para ello, formal o materialmente, unos criterios ajenos en todo punto a los de relevancia y pertinencia de prueba, de los arts. 281 y 283 LEC.

Tan absolutamente excepcional es esa doctrina, que la jurisprudencia que cita el recurso de BANCA MARCH SA, justamente lo que rechaza es que las alegaciones de desnaturalización de la segunda instancia, o la pérdida de la parte a la práctica y valoración global de la prueba en la primera instancia, puedan sostener por sí la pretendida nulidad de actuaciones. En tal sentido, la STS nº 139/2014, de 12 de marzo, FJ 3º, indica que:

*" El "derecho a la segunda instancia" que invoca la recurrente se tiene en los casos y con los requisitos que prevén las leyes procesales. En el proceso civil no es un derecho absoluto, pues no existe en todos los procesos y respecto de todas las resoluciones.*

*Tal derecho se presta en los términos previstos en las leyes procesales, que en cuanto a la práctica de las pruebas, prevén que puedan practicarse algunas en primera instancia y otras en la segunda instancia, en concreto cuando en la primera instancia se hayan denegado indebidamente al apelante algunas de las propuestas y el apelante, tras formular el oportuno recurso de reposición o protesta, según los casos, haya reproducido la solicitud en segunda instancia, en el escrito de interposición del recurso.*

*Por tanto, la práctica en segunda instancia de la prueba indebidamente denegada en la primera instancia no desnaturaliza el recurso de apelación puesto que justamente está prevista en las normas reguladoras de este recurso para tal supuesto, entre otros.*

*Del mismo modo, no existe un derecho a la "valoración global de las pruebas" en la primera instancia del modo que pretende la recurrente. La regulación de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita que el tribunal de*



apelación admita y practique prueba en ciertos casos (los previstos en el art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en cuyo caso deberá revisar la valoración de la prueba hecha en primera instancia, respecto de las practicadas por el juez de la primera instancia, en caso de que tal valoración haya sido cuestionada, y valorar directamente las que ella misma practique en la segunda instancia.

**3.-** La indebida denegación de pruebas en primera instancia no da lugar a la nulidad de actuaciones porque la propia normativa procesal prevé el modo en que debe ser remediada, lo que es expresión, en el campo procesal, del principio general que recoge el art. 6.3 del Código Civil de que la nulidad por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva solo procede cuando la legislación no prevé un efecto distinto para el caso de contravención.

El art. 460.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el apelante puede pedir en el escrito de interposición del recurso la práctica en segunda instancia de las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia. El art. 464.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que recibidos los autos por el tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiese propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días, y si se admitiese la solicitud de práctica de prueba en segunda instancia, se celebrará vista, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Ese es el cauce previsto en nuestro ordenamiento procesal para remediar la indebida denegación de la prueba en primera instancia, y no la nulidad de las actuaciones, con reposición de las mismas al momento en que se produjo la indebida denegación de la prueba.

**4.-** El carácter excepcional de la práctica de prueba en segunda instancia no supone que la regla general sea la nulidad de actuaciones, con reposición de las mismas al momento en que se denegó la admisión de las pruebas en primera instancia, como sostiene la recurrente.

Dicho carácter excepcional viene determinado porque además de los requisitos de pertinencia y relevancia aplicables con carácter general a la actividad probatoria, para que proceda la admisión y práctica de pruebas en segunda instancia es necesario que se den los requisitos establecidos en los distintos apartados del art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según sea la causa por la que se solicita la práctica de prueba en segunda instancia, y justificarse su influencia decisiva en la resolución del pleito.

En el caso de que la proposición se justifique en que las pruebas han sido denegadas en la primera instancia, no solo se exige que esa denegación haya sido indebida, esto es, injustificada desde el punto de vista legal porque la prueba denegada era pertinente y relevante y había sido propuesta cumpliendo los requisitos legales, sino que además se haya intentado la reposición de la resolución denegatoria, o, si no cabía interponer recurso de reposición, se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista ( art. 460.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Por lo demás, en el presente supuesto, no se denegó el recibimiento del pleito a prueba, como tal, sino que se admitió tan solo la prueba documental, con criterios legales de relevancia y pertinencia, lo que fue nuevamente revisado en esta segunda instancia en los Autos dictados sobre petición de prueba en apelación y de resolución de recurso de reposición, donde se razonó sobre ello en extenso, al poner en relación la concreta propuesta de ciertos medios de prueba con el objeto del proceso, para concluir sobre su pertinencia. A ellos se remite este tribunal.

**Motivo segundo (sustantivo): falta de sustento legal del denominado segundo control de transparencia.**

**(53).- Articulación del motivo.** Expone en este punto el recurso que ha existido una evolución legislativa para fijar y regular los requisitos de transparencia de los pactos incluidos en contratos de préstamo hipotecario, desde las exigencias de la OM de 5 de mayo de 1994, y siguiendo más adelante por la OM de 29 de abril de 2012, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y más definitivamente, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, sobre Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios.

Indica el recurso que solo a partir del año 2012, con tales innovaciones normativas, sería reconocible en el Derecho positivo la exigencia de transparencia, cualquiera que sea la terminología empleada para su identificación, segundo control de transparencia o transparencia material. Por ello, concluye el recurso de BANCA MARCH SA, no existe respaldo legal alguno, vigente al momento de establecimiento de las cláusulas examinadas, para aplicarse tal tipo de control.

**(54).- Valoración del tribunal.** De entrada, ya se ha explicado antes en esta resolución, el recurso invoca una serie de normas sectoriales relacionadas más bien con el control de inclusión que con el de contenido, y dentro de éste, al juicio de transparencia. Por tanto, vincular la supuesta aparición de este filtro de transparencia a normas destinadas a asegurar el cumplimiento de deberes de inclusión es tanto como desconocer lo que la jurisprudencia ha fijado respecto a la sistemática, contenido y ubicación del citado control de transparencia, de acuerdo con lo ya expuesto en esta resolución. Las normas citadas en el recurso no son aptas para acreditar,



por ello, que este tipo de control, dentro del examen de contenido de condiciones generales de la contratación, no existiese antes de su publicación.

Ello queda claro, por lo demás, en la jurisprudencia. La STS nº 138/2015, de 24 de marzo, FJ 3º, sobre la legalidad y la carta de naturaleza de este control en nuestro Ordenamiento jurídico, señala que:

*" Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.*

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

*La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.*

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

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

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, " conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, " la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ".

*Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley*



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

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

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

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión ( arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE , y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG , respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer " de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste " .

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13 , en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que " la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical " (párrafo 71), que

" esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva " (párrafo 72), que " del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo " (párrafo 73), y concluir en el fallo que " e l artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo " .

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

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



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

Particularmente resulta llamativo, sorprendente, que la defensa jurídica del banco consista en negar que con anterioridad al año 2012 rigiese en nuestro Derecho el respeto a ciertos comportamientos por su parte inherentes a la buena fe contractual, los que supuestamente no tenía deber de observar. Es claro que uno de los elementos esenciales constitutivos de la abusividad de las condiciones generales de la contratación reside en la infracción de dicha buena fe frente al consumidor, cuando menos desde la vigencia de la LGPCyU de 1984, y aun, desde la propia disposición de los arts. 7.1 y 1.258 CC, como principio general de Derecho.

**Motivo tercero: Indevida aplicación del control de transparencia al no distinguir la tipología de contratos celebrados por la entidad bancaria.**

(55).- *Formulación del motivo.* Sostiene el recurso de BANCA MARCH SA que la Sentencia apelada ni siquiera aplica el denominado control de transparencia en la forma debida según la jurisprudencia, ya que no ha atendido a las circunstancias concretas del caso, puesto que no ha distinguido entre los diferentes tipos de contratos en los que la entidad ha podido utilizar este tipo de cláusula suelo, como son el contrato de préstamo hipotecario, del contrato de subrogación en tal tipo de préstamo, o el acuerdo novatorio objetivo de un contrato anterior. Señala el recurso que no puede valorarse la transparencia con abstracción de esas circunstancias, donde el alcance del efecto de la cláusula suelo puede evidenciarse de distinto modo, dada la finalidad y antecedentes de cada clase de contrato.

(56).- *Valoración del tribunal.* Debe recordarse que el objeto del litigio viene determinado por la concreta demanda presentada por ADICAE, relativa al control de contenido y transparencia de la cláusula suelo, en el seno precisa y exactamente de una acción colectiva de cesación. Ello supone, de nuevo ha de señalarse, que en cuanto a tal control de transparencia, lo examinable es la pauta estándar de la entidad bancaria frente al consumidor medio de esta clase de contratos, préstamos hipotecarios, para asegurarse de que no queda ensombrecida la consecuencia contractual práctica de introducir la denominada cláusula suelo.

Para fijar dicho baremo de valoración jurídica, se puede y debe tener presente todo aquello que contribuya a evidenciar dicha práctica normalizada de la entidad bancaria respecto de tales circunstancias, pero ello no resulta confundible con valoraciones que sean propias del control singular, no abstracto, propio de acciones individuales. El hecho de que el efecto de una cláusula que consiste en la limitación a la variabilidad a la baja del tipo de interés referenciado, pueda ser más fácil de captar por el consumidor en una novación contractual, corresponde a una valoración fáctica de tal caso individualmente contemplado, por factores tales como si el suelo fijado había entrado ya o no en funcionamiento, o si precisamente las conversaciones entre las partes contractuales tuvieron por objeto la rebaja de suelo. A ellas se refiere el recurso de BANCA MARCH SA cuando habla de " *infinitas circunstancias y contextos en los que cada préstamo se suscribe*". Estos son absolutamente relevantes el plano de las acciones individuales, pero no estrictamente en el de las colectivas.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**

(57).- *Presentación del motivo.* Indica el recurso de BANCA MARCH SA que aun entendiendo el control de transparencia como lo hace la Sentencia apelada, la forma de emplear y realizar la inclusión de las cláusulas suelo en sus contratos, determina que no puedan ser calificadas de intransparentes, de acuerdo con el conjunto de circunstancias concurrentes.

(58).- *Valoración del tribunal.* Respecto de las valoraciones que deben hacerse sobre el examen de transparencia y los elementos normativos a tener en cuenta respecto del mismo, ha de indicarse que se fija la cláusula suelo bajo la rúbrica de " *tipo de interés ordinario*", con la entrada que señala " *el capital del préstamo devengará los siguientes intereses*". A partir de ahí, se presentan tres párrafos separados, iniciados cada uno con letras correlativas, a), b) y c), dedicados cada uno de ellos específica y concretamente a prever pactos sobre el interés remuneratorio. En el ap. a) se hace referencia al interés del primer año de amortización, que será fijo. En el ap. b) se señala el aplicable a partir del segundo año, ya variable, pero donde se recoge la alocución " *dentro de los límites que se indican en el punto c)*". Y justamente se reserva este párrafo separado, y con designa correlativa específica, la c), a la previsión de la cláusula suelo, con el tenor literal siguiente " *el tipo de interés devengado por el presente préstamo hipotecario no podrá ser inferior al cuatro por ciento ni superior al doce por ciento nominal anual, por lo que, si de la aplicación de las normas de revisión indicadas en el punto anterior, resultará un tipo de interés inferior al mínimo señalado, se devengará dicho tipo mínimo*" [vd. escritura de préstamo correspondiente al cliente Sr. Narciso, doc. nº 6.227 de la demanda; doc. nº 5 de la contestación].

Por tanto, la cláusula suelo aparece recogida con un énfasis y relevancia no solo gráfica, sino también significativa idéntica a la dada al pacto que establece cuál será el interés variable y el fijo del primer año.



De hecho, la estipulación misma dedicada a regular tal interés variable, la que suele centrar la atención del consumidor, contiene una llamada específica al apartado siguiente, el de la cláusula suelo. Con ello, se está dotando a tal pacto de una importancia tal que no puede pasar desapercibida aún cuando el consumidor solo atendiese a la cláusula de interés variable, e incluso con una lectura en diagonal, ya que tal llamada precede justamente a la descripción del tipo de referencia, el diferencial y los periodos de revisión. Ello permitiría comprender que los pactos recogidos en cada uno de los tres apartados guardan una equivalencia similar entre ellos respecto a la importancia sobre la fijación de la carga económica del contrato sobre el consumidor, sin apariencia de accesoriedad, secundariedad o subordinación de unos a otros. No obstante, lo anterior, se presenta la cláusula suelo junto con el pacto de techo, limitador al alza de la variabilidad de tipo de interés, lo que ha sido precisamente valorado por la jurisprudencia como un comportamiento apto para oscurecer la comprensión de los efectos prestacionales de dicha cláusula, al desviar la atención del consumidor medio hacia la aparente protección a su favor que pueda provenir de aquel tope máximo, razón esta que impide esquivar la conclusión de nulidad acogida en la Sentencia apelada. En tal sentido, SsTS nº 241/2013, de 9 de mayo, FJ 13º, pf. (225); o nº 138/2015, de 24 de marzo, FJ 5.4.

Se invocaba por esta parte recurrente la información ofrecida en las ofertas vinculantes de contrato. Ya se ha señalado que la existencia de ofertas vinculantes previas a la firma del contrato es un hecho que ha de relacionarse con el control de inclusión o incorporación de la cláusula suelo, de acuerdo con los arts. 5 y 7 LCGC, y su posible integración con la normativa sectorial para el ámbito de contratación de que se trate. No obstante, esto es diferente del hecho de valorar, a los puros efectos de determinar cuál era el patrón estándar del banco en la contratación, cómo se presentaba dentro de tal documento la existencia de un pacto de acotamiento del margen de variabilidad del índice de referencia, para examinar el comportamiento de tal entidad bancaria respecto a su esfuerzo para evitar cualquier oscurecimiento del efecto de la inclusión de ese tipo de pacto. En tales ofertas vinculantes, realizadas por medio de formularios, por lo tanto, regularmente, además de indicar numéricamente en la casilla correspondiente el interés mínimo aplicable, se indicaba que "concluido el periodo de interés fijo, el tipo de interés nominal se reajustará con la periodicidad y dentro del margen mínimo y máximo arriba indicados" [doc. nº 6.200, relativo a la contratación con el Sr. Juan Alberto]. Con ello, no solo se recoge la existencia de un interés mínimo junto con el variable, lo que sería solo una exigencia de inclusión, esto es, de evidencia de la existencia de la cláusula, sino adicionalmente una explicación sobre su funcionalidad prestacional, al señalar que determinará el reajuste del cálculo del interés ordinario en cada periodo. Se revela como una advertencia no ya de comprensión gramáticas de la cláusula, sino de su efecto económico. Pese a todo ello, de nuevo, la vinculación con la que se presenta el tope mínimo del índice de variabilidad del interés respecto del tope máximo de tal margen de variabilidad, es valorado jurisprudencialmente como un comportamiento apto para el ensombrecimiento de las potenciales cargas futuras sobre el consumidor que pudiera desplegar la cláusula suelo, al distraer su atención sobre la aparente seguridad de aquel otro tope máximo.

Ello determina que de lo que resulta en los autos, no pueda alterarse la conclusión sobre la falta de transparencia alcanzada en la Sentencia apelada.

#### **Motivo quinto: efectos restitutivos de la nulidad de la cláusula.**

(59).- *Formulación del motivo.* Indica el recurso de BANCA MARCH SA que debe ser aplicable en este caso la doctrina sobre la inexistencia de efecto restitutivo derivado que predicaba la STS nº 241/2013, en lugar de lo recogido en la STS nº 139/2015, de 25 de marzo, ya que las entidades de crédito no conocían hasta aquella resolución del año 2013 cuáles eran los parámetros de transparencia exigidos por la jurisprudencia, ni puede predicarse su falta de buena fe, de acuerdo con la concepción psicológica de tal concepto.

(60).- *Valoración del tribunal.* Debe remitirse la resolución de este motivo a las consideraciones más extensas que se hagan al tratar las consecuencias de la nulidad de la cláusula, más adelante en esta misma resolución, dado el actual estado de la cuestión sobre el alcance de la nulidad, y los efectos retroactivos de la doctrina sobre la falta de transparencia.

#### **V.- Recurso de apelación de BANCA PUEYO SA .**

##### **Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(61).- Los presente motivos de recurso están referidos cada uno de ellos exactamente al mismo objeto que los correlativos de la anterior recurrente, BANCA MARCH SA, y los argumentos que sostienen a su vez cada motivo coinciden prácticamente en su literalidad con aquellos otros de la anterior recurrente, máxime en su sustancialidad.



Por tal razón, se remite a esta parte recurrente, BANCA PUEYO SA, a los razonamientos expuestos en esta sentencia para el análisis y resolución de aquellos motivos de la parte apelante anterior, que se dan aquí por reproducidos.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia por la práctica realizada por la entidad bancaria.**

(62).- *Formulación del motivo.* Disiente el recurso de BANCA PUEYO SA de la Sentencia de la primera instancia cuando ésta entiende que la práctica estandarizada de la entidad no supera el control de transparencia en el empleo de la cláusula suelo, dentro de su sistema de contratación.

En tal sentido, el recurso señala que en las escrituras públicas de préstamo se realiza la advertencia prevista en el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre información al consumidor; se ha dado al contratante la posibilidad de elegir entre diferentes modalidades de préstamo; en otras ocasiones lo novado es justamente la cláusula suelo; y debe atenderse a la realidad diversificada de cada préstamo, a la flexibilidad del mercado y al perfil de cada cliente.

(63).- *Valoración del tribunal.* Lo cierto es que en el recurso no se formulan verdaderos argumentos que puedan impugnar la validez de las conclusiones fácticas alcanzadas por la Sentencia de la primera instancia, ya que los presentados se refieren a cuestiones diversas de lo que debe ser objeto de observación en el litigio, la pauta habitual y estándar de la entidad de crédito en relación con la transparencia de la cláusula suelo, respecto de la celebración de esta clase de contratos con el consumidor medio. En cambio, esa batería argumental está referida a cuestión relevante en el control de transparencia en su aplicación singular, dentro del ámbito de las acciones individuales, cuando señala que en ocasiones, las novaciones de los contratos se referían precisamente a la cláusula suelo, y además, sin impugnar las conclusiones sobre la conformación del contrato original con dicha cláusula. Lo mismo ocurre cuando habla el recurso de la flexibilidad y diversidad de la realidad de cada situación y cada contrato.

Por lo demás, debe recordarse sobre las conclusiones que se proponía impugnar el recurso, que el pacto sobre limitación del margen inferior de variabilidad del tipo de interés pactado aparece como un mero inciso secundario en el propio apartado contractual que se dedica a fijar, con anterioridad a ello, justamente los elementos esenciales para el cálculo de dicho interés, el tipo de referencia y el diferencial aplicable [vd. doc. nº 8.805, escritura de préstamo correspondiente a los Srs. Cosme y Humberto]. Nada sobre la verdadera insuficiencia de transparencia apreciada aparece eficazmente combatido en esta segunda instancia.

**VI.- Recurso de apelación de TARGOBANK SA, BANCO POPULAR-E SA y BANCO PASTOR SA .**

**Motivos primero, segundo y cuarto.**

(64).- Estos motivos de recurso, referidos respectivamente a nulidad de actuaciones procesales por indebida denegación de prueba en primera instancia, a la falta de sustento legal aplicable al control de transparencia, y a la carencia de efecto restitutivo de sumas cobradas como derivado de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, se plantean en términos miméticos a los recogidos sobre esas mismas cuestiones, en los recursos de BANCA PUEYO SA y BANCA MARCH SA. Por ello, se remite esta parte recurrente a lo expuesto para el examen y resolución de dichos motivos, en la presente sentencia.

**Motivo tercero: superación del filtro de transparencia.**

(65).- *Formulación del motivo.* Señala el recurso formulado por TARGOBANK SA y OTRAS que ha de partirse siempre del hecho de que la cláusula suelo es intrínsecamente válida, tal cual ha sido usada por estas entidades recurrentes en sus contratos, y que el control de falta de transparencia en forma abstracta resulta inviable. De hecho, añade, la Sentencia apelada debió distinguir entre los diferentes tipos o modalidades de contratos utilizados por esas entidades, ya que no es igual la contratación de un préstamo hipotecario original, que una subrogación o una novación objetiva sobre la propia cláusula suelo, o el contrato negociado previamente con un promotor de vivienda.

(66).- *Valoración del tribunal.* Como se aprecia en el recurso no se formulan verdaderos argumentos que puedan impugnar la validez de las conclusiones fácticas alcanzadas por la Sentencia de la primera instancia, ya que los presentados se refieren a cuestiones diversas de lo que debe ser objeto de observación en el litigio, la pauta habitual y estándar de la entidad de crédito en relación con la transparencia de la cláusula suelo, respecto de la celebración de esta clase de contratos con el consumidor medio.

En cambio, la batería argumental deducida por esta parte recurrente está referida a cuestión relevante en el control de transparencia en su aplicación singular, dentro del ámbito de las acciones individuales, cuando señala que en ocasiones, las novaciones de los contratos se referían precisamente a la cláusula suelo, y además, sin impugnar las conclusiones sobre la conformación del contrato original con dicha cláusula. Lo mismo ocurre cuando habla el recurso de la flexibilidad y diversidad de la realidad de cada situación y cada



contrato. Es decir, no se aportan en el recurso de TARGOBANK SA y OTROS argumentos impugnatorios de conclusiones fácticas de la Sentencia, con los que el tribunal *ad quem* deba revisar las mismas, sino que las recurrentes dan por buenas aquellas conclusiones al menos en su aspecto exclusivamente fáctico, y se limitan en apelación a invocar argumentos jurídicos frente la construcción jurisprudencial del concepto de control de transparencia. Tales argumentos ya han sido analizados, y a criterio de este tribunal carecen de virtualidad para evitar la proyección del juicio de transparencia sobre las cláusulas de estas entidades recurrentes, las que dejan de controvertir las conclusiones fácticas de la Sentencia apelada, dentro de lo que se debe estimar comprende rigurosamente aquel control de transparencia.

## VII.- Recurso de apelación de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA .

### Motivo primer de recurso (principal): cosa juzgada negativa.

(67).- *Presentación del motivo.* Señala el recurso de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA que la Sentencia de la primera instancia no ha resuelto sobre su alegación de la excepción de cosa juzgada, formulada oportunamente durante tal instancia primera, lo que fue incluso petición de complemento de la Sentencia definitiva, lo que fue expresamente rechazado por Auto dictado por la Juez *a quo*.

En tal sentido, el recurso indica que (i).- la Juez *a quo* denegó siquiera valorar la alegación de cosa juzgada porque estimó que no se había alegado oportunamente la litispendencia del proceso de donde podía dimanar aquel efecto de cosa juzgada negativa, pero se trata de un consecuencia de orden público procesal, una vez conocida por el tribunal; (ii).- en tal sentido, la contestación a la demanda formulada por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA ya evidenció que estaba pendiente un proceso seguido a instancia de otra asociación de consumidores, OCU, en ejercicio de una acción colectiva de cesación propia de la normativa de condiciones generales de la contratación, frente al mismo tipo de estipulación, identificable bajo el concepto de cláusula suelo, y contra esa misma entidad bancaria, el cual se siguió ante el Juzgado Mercantil nº 9 de Madrid, el cual dictó sentencia en fecha de 8 de septiembre de 2011, y del que derivó apelación resuelta por la Sec. 28ª, mercantil, de la AP de Madrid, en sentencia de 26 de julio de 2013; (iii).- interpuesto recurso de casación contra ella, se dictó la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, la que se notificó a las partes el día 21 de enero de 2016. Debe recordarse que la Sentencia aquí apelada es de fecha 7 de abril de 2016; (iv).- dicha STS, ya firme, acuerda confirmar la estimación de la nulidad por abusiva de la cláusula suelo, basada en su falta de transparencia, y la consiguiente orden de cesación en su empleo contractual, o la de otras análogas, con la eliminación de sus condiciones generales; (v).- tal STS tiene un alcance general, al extender sus efectos a sujetos no litigantes, y cumplir con las identidades esenciales para apreciar la cosa juzgada respecto al presente proceso; (iv).- su efecto es el rechazo de la demanda presentada.

(68).- *Valoración del tribunal (I).- apreciación de la cosa juzgada por el tribunal.* Lo cierto es que no puede rechazarse el examen propuesto por la parte sobre la excepción de cosa juzgada como ha hecho la resolución del proceso en la primera instancia (Sentencia y su correspondiente Auto denegatorio de complemento) por el hecho de que no constase formalmente alegada al menos la litispendencia por la parte proponente. Ello es así porque la institución de la cosa juzgada se asienta en un principio general de seguridad jurídica, art. 9.2 CE, con el fin de evitar la duplicidad de pronunciamientos judiciales sobre cuestiones idénticas ya revisadas previamente. Se configura así como una cuestión de Orden público, sometido al examen de oficio incluso por el tribunal, cualquiera que sea la vía de conocimiento por la que pueda obtenerse su concurrencia en litigio. Así, por todas, la STS nº 417/2018, de 3 de julio, FJ 4.6, señala que:

"(...) la cosa juzgada es apreciable de oficio. En este sentido la *sentencia 383/2014, de 7 de julio*, cuando declara: "Sobre esta alegación debe precisarse -como ya se ha dejado indicado- que la recurrente no planteó durante el proceso la litispendencia o prejudicialidad del juicio ordinario núm. 669/2006 sobre el Ducado..., si bien esta Sala debe pronunciarse en primer término sobre los posibles efectos de cosa juzgada derivados de la citada la sentencia firme que puso fin a ese proceso reconociendo a la recurrente el mejor derecho sobre el Ducado ..., pues, además de que la cosa juzgada debe ser apreciada de oficio cuando concurre, como se indica en la STS de 26 de septiembre de 2011, recurso núm. 93/2008, de no hacerse así podría resultar vulnerado el derecho de tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución al no obtener la recurrente respuesta a una de las cuestiones planteadas con ocasión de sus recursos".

"Como se declaró en la referida STS de 2 de abril de 2014 (recurso núm. 1516/2008), con cita de la STS de 26 de enero de 2012 (recurso núm. 156/2009), la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido. Es el efecto al que se refiere el artículo 222.4 LEC para el que no se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualquiera que sean las posiciones que



se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior ( STS de 17 de junio de 2011, recurso núm. 1515/2007 ). La finalidad perseguida es evitar pronunciamientos contradictorios incompatibles con el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, con el derecho a la tutela efectiva cuando se está ante una sentencia firme que afecte a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de un pleito posterior".

No es que no sea siquiera necesaria la alegación formal por la parte, como excepción perentoria, de tal cosa juzgada en sus escritos procesales, sino que la resolución que la causa tuvo acceso a los autos vía art. 271.2 LEC, ya que la resolución que causa tal cosa juzgada, sostenida por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, recayó en una fecha anterior al dictado de la Sentencia de este litigio, ahora apelada, por tanto, durante la tramitación de su primera instancia. En todo caso, su análisis ha de proceder ahora, como objeto de la segunda instancia.

**(69).- Valoración del tribunal (II).- fijación del objeto de la resolución.** Establecido lo anterior, se pasará ahora al análisis de los presupuestos para la apreciación de la cosa juzgada. Debe fijarse en primer lugar cuál es el ámbito objetivo de resolución de la sentencia que se invoca como productora del efecto de cosa juzgada negativa. Esta es la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre. En su FJ 1º se centra cuál fue el objeto del proceso, al identificar el petitum de la demanda, al señalar que " *La Organización de Consumidores y Usuarios (en adelante, OCU) presentó demanda contra "Banco Popular Español, S.A." y "BBVA, S.A.", en la que solicitaba que se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1º) Declaración del carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de determinadas estipulaciones de contratos bancarios, teniéndose por no puestas. 2º) Orden de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. 3º) Publicación total o parcial de la sentencia, a costa de las demandadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, conforme a lo dispuesto en los arts. 221.2 LEC y 21 LCGC. 4º) Libramiento de mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el artículo 22 LCGC. 5º) Condena en costas a las entidades demandadas*".

Si esas eran las pretensiones, las mismas estaban referidas a " *Las condiciones generales de la contratación incluidas en los contratos de las entidades bancarias demandadas cuya nulidad se postulaba, fueron las siguientes: i) Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español, S.A. las condiciones: Primera, 3.3 (Límites a la variación del tipo de interés aplicable) (...)*". Y respecto del contenido de la fundamentación desde la que se observa la validez o nulidad de dicha cláusula, esto es, la causa jurídica de pedir, señala la citada STS que " *Decisión de la Sala: 1.- El razonamiento de la sentencia no sólo no es contrario a la jurisprudencia de esta Sala, sino que se ajusta escrupulosamente a su contenido, como se desprende de su propia redacción, al decir: "La cláusula impugnada (límites a la variación del tipo de interés variable - condición primera. 3.3) es del siguiente tenor: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO". Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco. (...) La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropiaamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia. La cláusula no supera, por lo tanto, el control de transparencia y ello conlleva su nulidad"*".

Finalmente, el TS desestimó el recurso de casación, por lo que devino firme la sentencia dictada en apelación por la Sec. 28ª, mercantil, AP de Madrid, la cual a su vez disponía que " *FALLAMOS: Estimamos parcialmente los recursos de apelación planteados por la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha 8 de septiembre de 2011 (con las rectificaciones materiales acometidas por auto de fecha 22 de septiembre de 2011 y en consecuencia adicionamos a la letra "A" del fallo de la mencionada resolución judicial las siguientes condiciones generales que también quedarán afectadas por la declaración de nulidad que en ella se pronuncia: 1.- la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, condición general primera. 3.3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.*".

**(70).- Valoración del tribunal (III).- apreciación de la cosa juzgada y su extensión.** Determinado así el objeto de aquel proceso, donde se produce la resolución que se invoca como productora de cosa juzgada, ha de concluirse que en efecto está referido, al menos parcialmente, al mismo objeto que el presente litigio, en cuanto a la petición y causa de pedir, esto es, se asienta en una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, del art. 12.2 LCGC, frente a un tipo o clase de estipulación identificable en el tráfico jurídico como de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio fijado en préstamos



hipotecarios concertados con consumidores. Además, la valoración jurídica que se aplica en tal proceso es justamente la misma que en este, el control de transparencia. Y ello dirigido contra la misma entidad bancaria, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

De la denominada triple identidad del art. 222 LEC, se cumplen así las identidades clásicas en la doctrina, cosas y acciones, y parcialmente en personas, ya que la parte actora de aquel proceso no es la misma asociación de consumidores que la que acciona en el presente proceso. Pero dicha circunstancia no es óbice para apreciar la excepción de cosa juzgada, ya que la previsión del art. 222.3 LEC, sobre el alcance subjetivo de la cosa juzgada negativa, los litigantes y sus causahabientes, responde a litigios donde se han debatido derechos subjetivos, ya reales ya personales u obligacionales, donde lo relevante es la vinculación personal respecto de la titularidad del poder jurídico que ese derecho supone frente a los elementos objetivos implicados en el proceso. Esa relevancia de vinculación subjetiva no se da cuando lo ejercitado es una acción colectiva en materia de condiciones generales de la contratación, art. 12 LCGC, otorgado su ejercicio por vía de legitimación extraordinaria, art. 10, pf. 2º, LEC, a favor de sujetos que no ostentan propiamente titularidad de derecho subjetivo alguno para su deducción en litigio.

En tales supuestos, la legitimación legal extraordinaria de las asociaciones de consumidores se dirige a la defensa de los intereses generales de los consumidores, art. 11.1 LEC, por lo que el pronunciamiento que recaiga debe tener un efecto que desborde por completo la limitación referida a los sujetos previsto para el concepto clásico de cosa juzgada, dentro de las denominadas tres identidades. El efecto expansivo de los pronunciamientos recaídos en esa clase de procesos no solamente está ya apuntado en el art. 222.3, inc. 2º, LEC, al referirse a sujetos no litigantes, sino que específicamente se aprecia el desborde de los límites subjetivos inter-partes del proceso, de esta clase de pronunciamientos en el art. 221.1.2ª LEC, aunque esta norma no está destinada a regular la cosa juzgada, sino algo distinto, la eficacia expansiva de los pronunciamientos dictados sobre relaciones jurídico- individuales.

Por ello, no puede excluir la apreciación del efecto de cosa juzgada entre aquel proceso terminado por la resolución firme, la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, y el presente litigio, en lo referente a la cláusula suelo empleada por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, pese a que las asociaciones actoras en ambos procesos no sean la misma.

**(71).**- Se trata del efecto negativo de cosa juzgada, de exclusión del segundo litigio, según la doctrina atenuada de las identidades, y no de efecto positivo o prejudicial, del art. 222.4 LEC, por lo que el pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula suelo de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA debe ser excluida, así como los de condena a su eliminación y declaración sobre subsistencia de los contratos que la incorporan.

**(72).**- No obstante, el presente litigio tiene otro objeto adicional, ya que se ha deducido por ADICAE junto con la citada acción colectiva de cesación, la de remoción de efectos, para la devolución de las cantidades cobradas, como accesoria de aquella, en los términos del art. 12.2, pf. 2º, LCGC. Esta segunda acción, accesoria, no fue ejercitada ni resuelta en el anterior proceso que dio lugar a la citada STS nº 705/2015. Respecto de ella, no puede operar la cosa juzgada alegada por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, ya que la misma quedaría imprejuzgada tanto en aquel primer proceso como en este segundo, y la tutela que debe ser dispensada a los derechos e intereses de los consumidores para ser completa exige resolver sobre tal cuestión.

**Motivo segundo (subsidiario): improcedencia de la restitución de cantidades.**

**(73).**- *Presentación del motivo.* Para el caso de desestimación del anterior motivo de recurso, por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA se plantea la improcedencia de la restitución de cantidades en la forma impuesta por la Sentencia apelada, desde la publicación de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo. Sostienen el recurso que en su lugar, lo procedente es fijar el efecto restitutivo desde la publicación de la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, la que afectó al tipo de cláusula suelo utilizada precisamente por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, ya que hasta ese momento, existía buena fe por tal entidad en su uso, dada la claridad gramatical de su redacción y la confianza en la corrección de un uso en los contratos.

**(74).**- *Valoración del tribunal.* Ha de entenderse que procede el análisis del motivo, pese a su articulación subsidiaria por la parte recurrente, ya que el motivo principal ha sido estimado, pero no justamente en cuanto a la cuestión aquí planteada, la condena a la restitución de cantidades.

De nuevo en esta segunda instancia, se vincula el efecto restitutivo de las sumas cobradas por efecto de la aplicación de la limitación del tipo de interés variable a la buena o mala fe de la entidad bancaria en el uso de tales cláusulas. Como ya se ha tenido ocasión de señalar, y se analizará pormenorizadamente, ello no es relevante, sino que es una consecuencia directa anudada a la declaración de invalidez radical del pacto contractual que habilitaba la percepción de tales sumas, y ello con la extensión de los términos ahora fijados jurisprudencialmente.



### VIII.- Recurso de apelación de CAIXABANK SA .

#### Motivo primero: falta de legitimación pasiva de Caja General de Ahorros de Canarias.

(75).- *Formulación del motivo.* Indica el recurso de CAIXABANK SA que Caja General de Ahorros de Canarias fue en su momento absorbida por Banca Cívica, y ésta finalmente por la ahora recurrente. A tal efecto, señala el recurso que la demanda, o sus ampliaciones, de ADICAE no contiene en su cuerpo referencia alguna a la entidad Caja General de Ahorros de Canarias, ni argumentación o explicación sobre la misma, sino que se limitó tan solo a solicitar en el Suplico de la demanda, la nulidad de las cláusulas utilizadas por tal entidad, y a presentar como documentación anexa, contratos de préstamo hipotecario concertados por dicha entidad. Señala que solo muy posteriormente, en un liado anexo aportado por aquella parte actora en enero de 2015, aparece citada Caja de Ahorros de Canarias, junto con la cita de más de 9.200 cláusulas de diferentes bancos, lo que no puede ser considerado una subsanación, sino una *mutatio libelli* proscrita en Derecho procesal.

(76).- *Valoración del tribunal.* Las más de 400 páginas de escrito de demanda en ocasiones generan confusión, no tanto por su extensión, como por su particular estructuración. No obstante, el recurso de CAIXABANK SA entremezcla el contenido y finalidad de algunas instituciones procesales.

Desde el momento en que la demanda de ADICAE contiene en su Suplico una pretensión dirigida contra Caja de Ahorros de Canarias, no puede afirmarse ya que ésta no ostente legitimación pasiva, ya que, por el propio concepto de la legitimación procesal, art. 10, pf. 1º, LEC, todo sujeto contra el que se sigue un procedimiento ostenta formalmente la condición de parte legítima. Otra cosa es que la demanda no contenga explicaciones o justificaciones suficientes, a juicio de la parte demandada, sobre cuáles son las razones por las que se sostiene la pretensión frente a ella. Pero ello ya no es un problema de falta de legitimación procesal, sino que afecta a otras cuestiones, como serían, en su caso, los de defecto en el modo de proponer la demanda, art. 424 LEC. Y si lo que se sostuviese es que la sentencia hubiera condenado a personas no demandadas o hubiera alterado los términos del debate litigioso respecto a la petición o causa de pedir, se estaría entonces ante un problema de incongruencia procesal de la resolución, art. 218.1 LEC, pero no de falta de legitimación.

Lo anterior ya bastaría para desestimar el motivo de recurso de CAIXABANK SA en los términos en los que se encuentra formulado, al no poderse predicar que exista aquella falta de legitimación invocada. Pero es más, no es ya que el Suplico de la demanda de ADICAE se dirija expresamente contra Caja de Ahorros de Canarias, y que se hayan presentado documentos contractuales suyos relativos al empleo del tipo de cláusula enjuiciada en estos autos, sino que además el tipo de control empleado, examen de transparencia, dentro del control de contenido de condiciones generales de la contratación, puede ser realizado de oficio, por lo que no existiría repercusión alguna en un supuesto defecto en el modo de proponer la demanda, ni concurriría incongruencia procesal alguna de la sentencia, como indica, por todas, la STS nº 205/2018, de 11 de abril, FJ 3.8, al señalar que " *Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.*"

#### Motivo segundo: nulidad de actuaciones por indebida denegación de práctica de medios de prueba en primera instancia.

(77).- *Contenido del motivo.* Señala la apelación de CAIXABANK SA que se ha generado una nulidad de actuaciones en la tramitación de este procedimiento, derivada de la denegación de las pruebas que fueron propuestas por esa parte en la primera instancia, a parte de la documental. Indica que, dada la generalidad de la inadmisión acordada por la Juez *a quo*, dicho comportamiento transciende de la mera posibilidad legal de proponer en segunda instancia como remedio, y supone una vulneración de la tutela judicial efectiva, particularmente cuando se omite al rechazar la propuesta de prueba una valoración suficiente de cuál era el verdadero objeto del procedimiento, el comportamiento estándar de la entidad bancaria hacia la figura del consumidor medio. Esa valoración, concluye, fue sustituida por una errática resolución de la Juez *a quo*, que dejó sin medio de defensa a la parte, respecto de aquello que debía ser discutido realmente, como se aprecia en la propia Sentencia definitiva, ahora apelada.

(78).- *Valoración del tribunal.* Ya se ha señalado a lo largo de esta resolución, en varias ocasiones, la respuesta que generalmente merece la alegación de denegación de prueba en la primera instancia, formulada como motivo autónomo de recurso de apelación contra la resolución de fondo. En particular, a lo expuesto sobre su falta de virtualidad como causa de nulidad de actuaciones, arts. 238 LOPJ y 225 LEC, dado que su tratamiento legal es el de dispensar la oportunidad de su propuesta y práctica en la segunda instancia, art. 460 LEC.



Es cierto que la denegación de acceso a prueba en la primera instancia puede tener una relevancia que sobrepase el mero remedio legal de su propuesta y práctica en vía de apelación, art. 460 LEC. Ello se da, con total excepcionalidad, cuando tal rechazo pasa a tener una incidencia en el derecho a tutela judicial efectiva, por generar indefensión a la parte y convertir el derecho al proceso en doble instancia en una mera figuración formal, en cuanto a la integración de los elementos fácticos del litigio, cuando el Juez *a quo* ha prescindido por completo de toda práctica de prueba y ha utilizado para ello, formal o materialmente, unos criterios ajenos en todo punto a los de relevancia y pertinencia de prueba, de los arts. 281 y 283 LEC. Pero tan absolutamente excepcional es esa doctrina, que la jurisprudencia rechaza sistemáticamente tal nulidad cuando la parte tiene oportunidad de proponer en segunda instancia esos medios inadmitidos de prueba, vd. *STS nº 139/2014, de 12 de marzo, FJ 3º*. Y sobre tales extremos, y valoración de los criterios de pertinencia de prueba, se ha de remitir a CAIXABANK SA a lo resuelto por este tribunal de apelación en el Auto de examen de propuesta de prueba en segunda instancia, y en el Auto que resolvió la reposición frente al anterior.

**Motivo tercero: error en la fijación del concepto que deba tenerse de la figura del consumidor medio.**

(79).- *Exposición del motivo*. El recurso de apelación de CAIXABANK SA sostiene que la Sentencia de la primera instancia ha errado al fijar qué deba entenderse por consumidor medio de esta clase de contrato, ya que ha omitido rasgos esenciales para dicha figura, y en particular, ha dejado de tomar en consideración el largo tiempo de uso que llevaban dichas cláusulas en el mercado de esta clase de contratos, lo que determina un conocimiento reforzado de tal consumidor atento y cuidadoso sobre ellas, por lo que al no haber sido adecuadamente centrado tal concepto, se corre el riesgo de conceder en sede de acción colectiva lo que no se habría logrado en una acción individual.

(80).- *Valoración del tribunal*. En primer lugar, ha de señalarse que el recurso de CAIXABANK SA erige en motivo autónomo de apelación una censura sobre conclusiones jurídicas de la Sentencia apelada. Si bien ello tiene la virtualidad de evidenciar la diferente opinión jurídica de la parte recurrente respecto de la resolución judicial atacada, lo cierto es que resulta ineficaz desde la perspectiva de la práctica procesal. Solo poniendo en relación los errores de valoración jurídica con sus consecuencias prácticas sobre el acogimiento o rechazo de las pretensiones y resistencias de las partes, para combatir éstas, el motivo tiene eficacia de forma autónoma dentro del recurso. En otro caso, corregir en vacío una formulación jurídica, aun cuando prosperase, en hipótesis, no llevaría por sí mismo y directamente a pronunciamiento revocatorio de ninguna clase, en el recurso.

Por ello, debiera plantearse tal objeción jurídica por la recurrente como vinculada al rechazo de un efecto práctico sobre los pronunciamientos realizados en la primera instancia, y en tal ámbito debiera analizarse por el tribunal, o al menos reconducirse a ello si la parte ha planteado otros motivos de recurso, tras negar relevancia alguna a su planteamiento como motivo autónomo de impugnación de la resolución de primera instancia. No obstante, dada la relevancia del tema planteado para la esencia del sentido de esta resolución de segunda instancia, es conveniente hacer, de nuevo, algunas reflexiones.

(81).- Al principio de esta resolución ya se trató de la figura del consumidor medio, como canon de juicio que debe ser integrado en la valoración del comportamiento estándar de la entidad bancaria sobre la transparencia en el uso del tipo de cláusulas aquí discutidas. Debe recordarse que son rasgos imputables a dicha figura los de resultar " *normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso*" ( *STJUE de 30 de abril de 2014, a. Kasler*), o en otras palabras ligeramente diferentes, " *normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz*" ( *SsTJUE de 26 de febrero de 2015, a. Matei*; y de *23 de abril de 2015, a. Van Hove*).

Desde luego, tales caracteres no tienen por qué verse reproducidos en el concreto y singular consumidor que resulta examinado en una acción individual, sino que aquella figura resulta de un proceso de integración normativa, por el tribunal. Ello tiene una importancia capital para entender la diferencia que supone aplicar el denominado filtro de transparencia en forma abstracta, como en este litigio, respecto de cuando ha de hacerse en forma singular, en dichas acciones individuales, donde pueden presentarse diferencias significativas del concreto consumidor respecto de aquella figura que sirve de canon de enjuiciamiento. Y por cierto, también podrían presentarse desviaciones significativas por parte de la actuación singular del banco respecto de su práctica estándar o habitual, lo que justificaría un resultado distinto en la acción individual, sin que por ello deje de existir aquella práctica estándar. Ello late en la negación del efecto propio de cosa juzgada entre acciones colectivas y acciones individuales que en esta materia, control de transparencia de condiciones generales de la contratación, establece la jurisprudencia, vd. *STS nº 643/2017, de 24 de noviembre*.

Además, ya se señaló antes, aquellos rasgos personales de tal figura, normalmente informado, razonablemente atento, cuidadoso y perspicaz, deben ser puestos en relación con el contrato y su forma de celebración, donde se inserta la estipulación objeto de ataque, ya que puede predicarse el rasgo de cuidadoso de una persona, pese a que ésta no emplee el mismo grado de cuidado en unas ocasiones que en otras,



puesto que adaptará la atención a las exigencias de cada circunstancia, pese a lo cual, seguirá pudiendo sostenerse de ella que resulta cuidadosa. En tal sentido, en el contrato de préstamo hipotecario, no se está ante actos de consumo ocasional o bagatela, sino al revés, en la generación de una excepcionalmente larga implicación obligacional para las partes, y muy importante cuantía económica para su patrimonio. Por ello, no es que ese consumidor medio deba ser excepcionalmente cuidadoso o extraordinariamente perspicaz en estas ocasiones, excepcionalidad no exigida en la doctrina del TJUE, sino que, siendo simplemente cuidadoso, aplicará este tipo de atención será la propia de celebrar esta clase concreta de contrato, distinta a cuando, v. gr., adquiera un billete de avión o celebre un contrato de suministro de gas o servicio de telefonía.

Pero sentado todo lo anterior, ha de recordarse también que se está ante el examen de transparencia sobre los efectos económicos y prestacionales que resultan de la inclusión de la cláusula suelo en esa clase de contratos. No se trata de que aquel consumidor medio, del que se predicen aquellos rasgos, y justamente por gozar de ellos, pueda percibir fácilmente la existencia de tal cláusula en su contrato y comprender su redacción. Lo relevante es que pueda comprender que implicaciones obligacionales tendrá para él, en el futuro, el despliegue de efectos de tal estipulación, esto es, en qué medida determinará las cargas prestacionales por su parte en el contrato, y que podría tal cláusula llegar a convertirse realmente en algo de similar importancia para dicha fijación del coste del contrato como lo son elementos tales como el índice de referencia móvil elegido o el diferencial aplicable.

En tal contexto, el mero dato del transcurso del tiempo que se llevaba usando dicha cláusula por las entidades bancarias, como alega CAIXABANK SA, podría prevenir a ese consumidor medio sobre la existencia de tal cláusula en los contratos, pero por sí solo, aisladamente, no sobre la relevancia de su efecto prestacional. Ello al menos que por las circunstancias en las que se presentaba dicha cláusula, tal consumidor medio pudiera percibir que el predisponente otorgaba una importancia a la misma, para fijar las cargas del contrato, similar a la dada a otros elementos principales destinados a tal fin, como el índice de referencia o el diferencial aplicable. Todo ello, máxime, en un tiempo en que dichas cláusulas suelo no habían desplegado aun su efecto limitador del descenso de la cuantía de cuotas, como para revelar sus efectos supresivos de la disminución de la cuantía de la cuota de amortización en paralelo con el descenso del índice de referencia del interés variable fijado, por debajo de la barrera de aquellas.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia de determinados grupos de consumidores y falta de atención a sus circunstancias concretas.**

(82).- *Presentación del motivo.* Señala el recurso de CAIXABANK SA que la Sentencia ha desatendido la realidad de las circunstancias concretas que existen en cada proceso de contratación, y que no puede aplicarse adecuadamente con ello el denominado control de transparencia. Indica que existen incluso grupos de casos en los que debería tenderse superado tal control, como subrogaciones, novaciones específicas de tal cláusula, contratos celebrados con grupos de empleados, o con ciertos colectivos con los que se han negociado previamente las condiciones que se ofertan, como ocurre con la denominada "Hipoteca Joven Canaria". Finalmente expone que al aislar la aplicación del control de transparencia de todas las circunstancias fácticas concurrentes en cada supuesto, se llega a conclusiones erróneas en la aplicación de tal control, lo que se relaciona, de nuevo, con el rechazo de prueba en primera instancia.

(83).- *Valoración del tribunal.* Como se aprecia, el recurso de CAIXABANK SA no impugna las conclusiones fácticas de la Sentencia apelada por supuestos errores intrínsecos en dicha valoración, comprobables en la tremendamente extensa prueba documental aportada. Lo que hace este recurso es tratar de desvirtuar el criterio de análisis empleado por la Sentencia recurrida para determinar la validez o no de las cláusulas, dejando incólumes aquellas conclusiones fácticas. Esto es lo que debe ser analizado por tanto en apelación.

No se presentan como erróneas las conclusiones de la Sentencia recurrida por el hecho de que ésta no haya atendido a diferentes grupos de consumidores, que pudieran resultar potencialmente identificables en la práctica. Se debe reiterar, una vez más, que lo que se juzga es el patrón estándar de contratación frente a aquel consumidor medio, en los términos configurados conforme a lo expuesto antes. En tal sentido y a estos efectos de valoración, no existen subgrupos de tal consumidor medio, o consumidores medios de novaciones, de grupos de empleados de banca, de colectivos agrupados para contratación...

Es más, dichos tipos de consumidores, de esos conjuntos apuntados por CAIXABANK SA, justamente se disgregan del concepto señalado de consumidor medio, ya que en su mayoría se trata de grupos especialmente prevenidos, por tanto, con una información y conocimiento superior a aquel canon de juicio, como ocurre con los que negocian una novación específica sobre este tipo de cláusula, o los empleados de banca.

Es interesante destacar que esta alegación de CAIXABANK SA permite volver a resaltar el diferente espacio y ámbito que ocupan los controles abstracto y singular en la aplicación del examen de transparencia. Las circunstancias de cada contratación y de cada consumidor particular, que invoca el recurso, son las que



presiden tal examen de transparencia bajo la forma de control singular, en las acciones individuales. Pero cuando se trata de adecuar ese mismo filtro de transparencia al sistema de control abstracto, propio las acciones colectivas, los elementos a tomar en consideración para el juicio varían, pasan a ser la praxis estándar observada por cada concreta entidad bancaria frente al consumidor medio, a fin de evitar el enmascaramiento de las consecuencias económicas para el consumidor, que deriven de la inclusión de la cláusula suelo. Por todo ello, la desatención a aquellas circunstancias individuales o la falta de atención a grupos de casos de consumidores especiales, no son las razones aptas para desvirtuar las conclusiones valorativas alcanzadas por la Sentencia apelada.

#### **IX.- Recurso de apelación de IBERCAJA BANCO SA .**

#### **Motivo primero: infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia y superación del filtro por el empleo de las cláusulas suelo de la entidad.**

(84).- *Formulación del motivo.* Se señala en el recurso de IBERCAJA BANCO SA que la Sentencia apelada no ha hecho una aplicación acertada del denominado control de transparencia, y que de haberse ajustado a las pautas del mismo, las concretas cláusulas observadas en el caso de este banco, procedentes de tres entidades absorbidas desde Banco Grupo Cajatres SA, que son Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz, Caja Burgos y Caja Inmaculada de Aragón, deberían ser declaradas completamente transparentes.

En tal sentido, se expone en el recurso lo que esa parte entiende debe ser la sistemática adecuada de análisis, con distinción entre el mero control de incorporación, referido a la comprensibilidad de la cláusula en cuestión, y el control de contenido, donde se ubica el denominado control de transparencia reforzado. Tras ello, se añade cómo la parte recurrente entiende son las dificultades de aplicar el control de transparencia en el seno de acciones colectivas, dada la abstracción que se hace en esta clase de procesos de la información complementaria aportada a cada consumidor, y de las circunstancias concretas de éste y de la forma en la que se ha concluido el proceso de contratación, únicamente atendibles en acciones individuales. Señala, finalmente, que el examen de las concretas cláusulas empleadas por la entidad bancaria sí superan el control de transparencia que es susceptible de ser aplicado en un litigio derivado del ejercicio de acciones colectivas, como el presente.

(85).- *Valoración del tribunal.* Se ha de considerar muy elaborada la opinión jurídica de la parte recurrente sobre la conceptualización y sistemática del control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. Pero, otra vez en esta resolución se recuerda, no procede que el tribunal rebata, conteste o valore la corrección de doctrinas jurídicas, ni entrar en debates jurídicos, más allá de lo estrictamente necesario para exponer el razonamiento que sostenga su toma de decisiones. Eso sí, el tribunal puede y debe formarse el criterio jurídico también ilustrándose de las alegaciones de las partes litigantes y reflexionando sobre ellas, pero debe atenerse a resolver las cuestiones litigiosas planteadas con aquel fundamento jurídico que tenga como base para la valoración de los hechos, el cual ha sido ya presentado en esta sentencia, para este caso. Una vez resuelta así la cuestión litigiosa, serán las partes litigantes, y en su caso, los tribunales superiores a los que corresponda examinar el acierto, o su falta, de la doctrina jurídica que sostenga el sentido de la resolución.

No obstante, debe recordarse una cuestión. Señala el recurso de IBERCAJA BANCO SA que la transparencia realmente resulta de la *oferta vinculante* previa realizada por la entidad bancaria. Como ya se ha señalado, dicha oferta vinculante se relaciona con el cumplimiento de ciertos requisitos susceptibles de ser valorados como integrantes de las exigencias del control de inclusión, arts. 5 y 7 LCGC. Fuera de ello, el grado de información que dicha oferta contenga, el concreto tiempo de antelación con que se dispense la misma al consumidor, respecto a la fecha fijada para la firma notarial, o el medio de comunicación por la que se haga llegar al mismo, a fin de garantizar su disponibilidad a éste con tranquilidad, son circunstancias propias del juicio correspondiente a la acción individual, referido a lo que se ha llamado la biología de cada contrato.

(86).- Tomada en consideración la doctrina jurídica expuesta en el recurso de IBERCAJA BANCO SA, como las de las demás partes, pero aplicando los razonamientos jurídicos que el tribunal entiende deben sostener el análisis del control de transparencia en el ámbito de acciones colectivas, procede examinar ahora las conclusiones de la Sentencia apelada sobre la cláusulas de esta entidad bancaria recurrente. Se debe identificar la pauta de contratación seguida homogéneamente por dicha entidad, la que en este caso deriva de los sistemas de contratación de tres entidades previas incluidas Banco Grupo Cajatres SA, esto es, Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz, Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos y Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón. Así:

1º.- En el caso de *Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos*, la cláusula suelo en cuestión se presenta como un mero inciso, sin separación de párrafo o énfasis, añadido tras el texto dedicado a describir como se calculará el interés variable del préstamo. En tal sentido, se halla ubicado dentro de la estipulación bajo la rúbrica "*intereses ordinarios*", la cual señala que "(...) *el tipo de interés nominal será*



el resultante de añadir el diferencial de 1,30 puntos porcentuales al tipo de referencia. No obstante, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés aplicable a cada periodo en ningún caso podrá ser inferior al mínimo pactado del 3,75% nominal anual" [vd. escritura de préstamo correspondiente al contratante sra. Piedad , doc. nº 204 de la demanda].

Como se aprecia, la cláusula suelo se presentaba embebida dentro de un epígrafe general, sobre los intereses ordinarios, y como un apéndice secundario, sin párrafo propio siquiera, tras la descripción del diferencial aplicable al índice de referencia previo. Ello supone la colocación de tal cláusula suelo a la sombra de los elementos fundamentales para definir el coste del contrato para el consumidor, dando con ello una imagen de elemento menor o secundario, que impediría al consumidor medio hacerse una idea adecuada de cual era la verdadera importancia de tal cláusula sobre sus futuras cargas. El ensombrecimiento de tal efecto, genera que no pueda considerarse superado el filtro de transparencia.

2º.- Respecto del supuesto de *Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Badajoz*, la cláusula se presentaba al consumidor de nuevo dentro del epígrafe general y común sobre " *intereses ordinarios*", dentro del párrafo mismo dedicado a la fijación y cálculo del interés variable, y con resalte exclusivamente dedicado al valor numérico de suelo y techo, no al efecto limitador de tal previsión, dentro de su redacción y presentación gráfica, la cual establecía " *en ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada período, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al tres como setenta y cinco por ciento (3,75), ni exceder del doce (12) por ciento*" [vd. doc. nº 231, contrato referido al Sr. Víctor ].

Al igual que en el caso anterior, nada de lo aportado supone un esfuerzo para dotar de transparencia al efecto de la limitación a la variabilidad a la baja del tipo de interés variable, y colocarlo a ojos del consumidor medio, razonablemente atento, como un elemento de la relevancia prestacional que pudiera tener el hecho mismo de haber pactado un interés variable para su préstamo, o la fijación de cuál era el índice de referencia elegido.

3º.- En cambio, en el caso de *Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón*, se aprecia una circunstancia diferencial a la finalidad de revelar el alcance obligacional del pacto de suelo. Tras presentar esos límites junto con el pacto sobre la forma de fijación del interés ordinario variable, al señalar " *a estos efectos, se fija el tipo máximo en el 9,75% nominal anual y el tipo de interés mínimo en el 4,50% nominal anual*", se añade luego un párrafo separado y distinto del anterior, en el que se expresa que " *En consecuencia, los intereses remuneratorios del presente préstamo no podrán liquidarse a un tipo de interés superior o inferior a los tipos máximos o mínimos anteriormente indicados*" [doc. nº 356, escritura correspondiente a los Srs. Javier y Santiago ].

En este caso, a diferencia de los anteriores, existe un apartado específico dedicado no ya a fijar el suelo aplicable, sino a explicar su efecto sobre la liquidación de las cuotas del contrato, esto es, su reflejo sobre las obligaciones del prestatario. Además, tal consecuencia se presenta en un párrafo aparte, a modo de conclusión de la cláusula que se ocupa de la fijación de los intereses ordinarios, lo que permite a un consumidor atento captar de modo directo y rápido cual serán las consecuencias de la inclusión de cláusula suelo. Ello se presentaría como una práctica diferenciada y adecuada para dotar de transparencia suficiente dicha cláusula, al menos, en cuanto a su valoración en sede de control abstracto, vía ejercicio de acciones colectivas. Pero pese a ello, esta entidad presenta la cláusula suelo junto con el pacto de techo, limitador al alza de la variabilidad de tipo de interés, lo que ha sido precisamente valorado por la jurisprudencia como un comportamiento apto para oscurecer la comprensión de los efectos prestacionales de dicha cláusula, al desviar la atención del consumidor medio hacia la aparente protección a su favor que pueda provenir de aquel tope máximo, razón esta que impide esquivar la conclusión de nulidad acogida en la Sentencia apelada. En tal sentido, SsTS nº 241/2013, de 9 de mayo, FJ 13º, pf. (225); o nº 138/2015, de 24 de marzo, FJ 5.4.

**Motivo segundo: licitud de la cláusula suelo por no producir desequilibrios en perjuicio del consumidor, pese a su falta de transparencia.**

(87).- *Presentación del motivo.* Señala el recurso de IBERCAJA BANCO SA que aun cuando se hubiera valorado que las cláusulas empleadas por la entidad fueran intransparentes, ello permitiría únicamente extender el control de contenido sobre aquellos pactos constitutivos de condiciones generales de la contratación, que sean considerados como elementos esenciales del contrato, determinantes del precio o de la cantidad o calidad de prestación o servicio que suponen contraprestaciones de las partes. Por ello, quedaría ahora pendiente el examen de abusividad de la cláusula suelo, señala, y realizado él mismo, no puede concluirse que dicha estipulación suponga un desequilibrio en perjuicio del consumidor, requisito legal para apreciar tal abusividad.

(88).- *Valoración del tribunal.* De nuevo, se trata de una cuestión expuesta en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, dedicados a fijar el alcance, contenido y sistemática del control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación. En ellos, efectivamente, se ha señalado que el tribunal entiende que



el citado control de transparencia es vehículo para proyectar el control de contenido por abusividad sobre las condiciones generales de la contratación que integren los denominados, en este ámbito dogmático, elementos del objeto principal del contrato, determinantes de los equilibrios contraprestacionales de cada parte.

No obstante, acerca de ese juego entre control de transparencia y proyección del control de abusividad, concretamente sobre la cláusula suelo, señala la STS nº 25/2018, de 17 de enero, FJ 4º.9 que:

"En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan)".

En este mismo sentido, acerca de la inmediata afectación de la cláusula suelo al precio del contrato, y el efecto que ello genera de modo directo sobre la buena fe y el desequilibrio que implica la inclusión de esa clase de pacto, expresa la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, FJ 2º.4:

" (...) la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

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

**Motivo tercero: limitación del alcance de la declaración de nulidad, tan solo a cláusulas intransparentes de cada contrato individualizado.**

(89).- *Formulación del motivo.* Sostiene el recurso que, dado el contenido predicado del denominado control de transparencia, la nulidad acordada sobre las cláusulas suelo en ejercicio de una acción colectiva, solo debería afectar a los concretos contratos de consumidores en los que, una vez examinadas las circunstancias particulares de cada caso, puede afirmarse que efectivamente la cláusula suelo es intransparente, de acuerdo, eso sí, con los parámetros fijados en la sentencia que resuelve aquella acción colectiva.

(90).- *Valoración del tribunal.* Una interpretación como la propuesta en el recurso de IBERCAJA BANCO SA llevaría a un total y completo vaciamiento de eficacia de las acciones colectivas ejercitadas para el control de transparencia, en materia de condiciones generales de la contratación. La jurisprudencia, indicada a lo largo de esta resolución, ha señalado que este control abstracto, propio de acciones colectivas, debe ser matizado y sufrir una adecuación cuando se realiza a través de él la aplicación del filtro de transparencia, pero no que el mismo sea un cauce inadecuado e ineficaz para la aplicación de tal examen de transparencia. Al contrario, tiene efectos y consecuencias inmediatamente aplicables, tras haberse conformado el juicio del tribunal con aquellas matizaciones sobre el contenido y objeto del control de transparencia.

De seguirse la propuesta del recurso, se exigiría posteriormente el ejercicio de nuevas acciones individuales, en los casos de discordia, para poder controlar si en tal o cual caso se dan o no los parámetros fijados por la resolución del litigio de acción colectiva, convirtiendo sus pronunciamientos en meras generalidades. No es así. Respecto a ello, y al deber de expulsar de todos sus contratos la cláusula objeto de pronunciamiento, señala la STS nº 367/2017, de 8 de junio, FJ 2º.6, que:

" Junto a estas consideraciones sobre la diferente naturaleza de las acciones colectiva e individual que tengan por objeto la declaración de nulidad, por abusivas, de condiciones generales y la falta de automatismo en la extensión de la cosa juzgada, también debe tomarse en cuenta la función tuitiva de los consumidores que tiene la acción colectiva, que se funda en lo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE. Esta función se vería frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en procesos pendientes o futuros en que se ejercitara la acción individual respecto de dicha cláusula.



En este sentido, hemos afirmado en las sentencias 401/2010, de 1 de julio , y 241/2013, de 9 de mayo ( en lo sucesivo nos limitaremos a citarla como sentencia 241/2013 ), que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes , como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme.

7.- Es relevante lo declarado sobre esta cuestión en la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10 :

"41. En cuanto a la segunda parte de la primera cuestión, relativa a las consecuencias que los órganos jurisdiccionales nacionales han de aplicar en el caso de la declaración, en el marco de una acción de cesación, del carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las CG [condiciones generales] de los contratos celebrados con consumidores, en primer lugar procede recordar que la facultad del juez nacional para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual constituye un medio idóneo para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en el artículo 7 de la Directiva (véase la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 , Rec. p. I-10421, apartado 27 y jurisprudencia citada). Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que dicho juez deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase la sentencia Mostaza Claro, antes citada, apartado 38)."42. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia Perenièová y Pereniè, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada). "43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción [colectiva] de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula."44. Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que:

- no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación;

- cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las CG, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula"

8.- En la sentencia 241/2013 , de modo similar a lo dicho en la sentencia 401/2010, de 1 de julio , declaramos que el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información llevaba a ceñir los efectos de tales sentencias (que resolvían sobre acciones colectivas) a quienes ofertaran en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallaran completadas por otras que eliminan los aspectos declarados abusivos.

En la sentencia 139/2015, de 25 marzo , que resolvía sobre una acción individual, consideramos que concurrían tales requisitos y apreciamos que la sentencia 241/2013 alcanzaba a los demandantes en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas de un modo directo, pues era demandado uno de los bancos que también fue demandado en el litigio que dio lugar a la sentencia 241/2013 que estimó la acción colectiva de cesación".

#### **X.- Recurso de apelación de CAIXA ONTINYENT .**

##### **Motivo primero (procesal): indebida acumulación subjetiva de acciones.**

(91).- *Planteamiento del motivo.* Señala el recurso que en la tramitación del proceso se han infringido los arts. 17.2 LCGC y 72 LEC, ya que no se cumplían los requisitos legales para demandar conjuntamente a toda una serie de entidades bancarias, que ni usaban la cláusula suelo como idéntica, en los términos del art. 17.2 LCGC,



al variar considerablemente los porcentajes fijados por cada una, ni tener protocolos de actuación iguales, por lo que no se está ante una misma causa de pedir, en los términos del art. 72 LEC.

(92).- *Valoración del tribunal.* Aun cuando se diera por buena, a los meros efectos dialécticos, la afirmación de que existe en la demanda de ADICAE una indebida acumulación de acciones, el recurso de CAIXA ONTINYENT no invoca ni concreta en absoluto que indefensión se le estaría causando por la supuesta irregularidad procesal de haberse admitido tal acumulación subjetiva. Esta parte apelante no concreta ni especifica cuáles serían las concretas oportunidades o facultades procesales conculcadas para ella, de las que se hubiera podido generar indefensión, como resultado, conforme a lo dispuesto en los arts. 238.1.3º LOPJ y 225.1.3º LEC. Ello basta para desestimar el presente motivo, planteado como causa autónoma de recurso de apelación.

En cualquier caso, ha de recordarse que la demanda de ADICAE, presentada en el año 2010, según el estado de la doctrina generalmente aceptada entonces sobre control de contenido de condiciones generales de la contratación, se basaba esencialmente en argumentos sobre la abusividad intrínseca de la cláusula suelo, por tanto, afectantes al hecho mismo de la aparición de tal cláusula en toda clase de contratos, de cualquier entidad bancaria, siempre y cuando fuese reconocible por su efecto como tal pacto de suelo. Solo posteriormente, ya desarrollado buena parte del proceso, al vertebrar el eje de controversia procesal y decisión de la Juez *a quo* el denominado control de transparencia, podría sostenerse que dadas las especiales circunstancias que dicho control exige atender, apegadas íntimamente a la realidad fáctica individualizada de la práctica seguida por cada entidad bancaria, las acciones subjetivamente acumuladas, art. 72 LEC, se basarían en hechos diferentes y separados, de suerte que no podría predicarse su acumulabilidad.

Ello determina la imposibilidad de control *ab initio* del proceso de esa supuesta inacumulabilidad. Pero incluso, en el caso específico del control de transparencia, este tribunal ha venido admitiendo la acumulación subjetiva de acciones, al menos en acciones individuales donde también se invoca la falta de transparencia de la cláusula suelo en distintos contratos celebrados con consumidores distintos, al entender existente el nexo de la causa de pedir, pese a la diversidad de hechos.

Por lo demás, en cuanto a la alegación realizada por CAIXA ONTINYENT sobre la infracción específica del art. 17.4 LCGC, al estimar que no se está ante el mismo tipo de condición general de la contratación en todas las entidades demandadas, ha de dejarse sentado que art. 1.2 LCGC permite predicar la naturaleza de tal condición general de la contratación incluso aunque algún elemento de la cláusula en cuestión pueda variar de contrato a contrato. Lo esencial para su identificación es la estructura jurídica de la estipulación, de modo que su inserción en los diferentes contratos sirva esencialmente para una misma finalidad obligacional. En este caso, tal uso es para la acotación del límite mínimo de variabilidad a la baja del interés remuneratorio que pueda resultar del descenso del índice de referencia utilizado para fijar el interés variable de un contrato de préstamo, lo que genera así un tope a la disminución del interés aplicable en cada cuota periódica de amortización. Esta función es la que resulta inalterada y la que permite la reconocibilidad de tal pacto en la multiplicidad de pactos de redacción parecida, aún no igual, en una pluralidad diversa de tipos de contratos.

Por tanto, el hecho final de que en este o aquel contrato individual la cláusula presente una simple variación del tope numérico del suelo o una redacción algo diferente, no hace desaparecer aquella función obligacional, común a todas ellas, lo que lleva a su fácil e inmediata identificación como tal condición general de la contratación.

**Motivo segundo (procesal): inadecuación del tipo de procedimiento aplicable.**

(93).- *Contenido del motivo.* Señala el recurso de CAIXA ONTINYENT que por ADICAE se ejercitó en demanda la acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, a la que se añadía la de pretensión de restitución de cantidades. De acuerdo con ello, la clase de procedimiento aplicable sería el juicio verbal, según el art. 250.1.12ª LEC, y no el procedimiento de juicio ordinario, que se ha aplicado, por lo que debió estimarse su excepción procesal.

(94).- *Valoración del tribunal.* De nuevo, a la invocación de una posible irregularidad procesal, erigida como motivo autónomo de apelación contra la sentencia definitiva de la primera instancia, no se apareja en el propio recurso ninguna clase de efecto práctico que derivar de esta apelación frente a aquella resolución definitiva, más allá del mero disenso de esa parte con el criterio jurídico empujado por la Juez *a quo* para la desestimación en su día de una excepción procesal planteada. Así, no se sostiene por CAIXA ONTINYENT la nulidad de actuaciones y su retroacción, derivada de indefensión alguna causada por la circunstancia de que se hubiera seguido el proceso por juicio ordinario en lugar de por juicio verbal, requisito exigido para obtener alguna consecuencia práctica de ello, de acuerdo con los arts. 238.1.3º LOPJ y 225.1.3º LEC.

Es decir, el tipo de procedimiento que debía ser aplicable era el de Juicio Verbal, ya que es al que corresponde el trámite de la acción principal, la de cesación, que arrastra de modo accesorio la de restitución de cantidades.



No obstante haberse aplicado en cambio el proceso de Juicio Ordinario, de tal circunstancia no se evidencia privación de derechos u oportunidades procesales para las partes, que pudieran justificar nulidad alguna.

**Motivo tercero (procesal): indebida acumulación objetiva de acciones.**

(95).- *Presentación del motivo.* Señala la dirección letrada del recurso de CAIXA ONTINYENT que se ha procedido a una indebida acumulación objetiva de acciones, ya que en la demanda de ADICAE se adicionan acciones que debieran tramitarse en diferente tipo de proceso, y por tanto, no acumulables en uno solo.

(96).- *Valoración del tribunal.* Pese a lo dispuesto en la norma adjetiva general del art. 73.1.2º LEC, que impide la acumulación de acciones que deban tramitarse en diferente tipo de proceso por razón de su materia, la norma especial para estas acciones colectivas de condiciones generales de la contratación, del art. 12.2, pf. 2º, LCGC, establece expresamente que " *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 cláusulas.*"

Esa misma regla especial de acumulabilidad esta prevista en el art. 53 TRLGDCyU, al señalar que " *a cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite (...) la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.*"

La razón de ambos preceptos que fijan una regla especial frente a la norma general de inacumulabilidad de acciones que deban tramitarse por diferentes procedimientos, en atención a su materia, es la misma, habilitar la posibilidad de tutela procesal a los intereses de consumidores y usuarios, permitiendo la unificación de esas acciones en un solo litigio, con el fin de evitar la dispersión procesal y temporal de los pronunciamientos. Y ello se hace con expresa excepción de la regla del art. 73.1.2º LEC, dados los intereses objeto de protección legal.

**Motivo cuarto (procesal): causación de indefensión para la parte por denegación indebida de prueba en la primera instancia.**

(97).- *Exposición del motivo.* Se señala en el recurso de CAIXA ONTINYENT que se le ha generado una indefensión al inadmitir indebidamente la Juez a quo la práctica de medios de prueba que eran necesarios para revelar aquello que precisamente ha sido objeto de reproche en sentencia, la dotación de transparencia de las cláusulas suelo utilizadas por la entidad. Indica el recurso que era necesario acudir a dichos medios de prueba a fin de responder aquello que es objeto de examen en el denominado control de transparencia, y al no poder hacerlo, la parte queda indefensa.

(98).- *Valoración del tribunal.* Ya se ha señalado a lo largo de esta resolución, en varias ocasiones, la respuesta que generalmente merece la alegación de denegación de prueba en la primera instancia, formulada como motivo autónomo de recurso de apelación contra la resolución de fondo. En particular, a lo expuesto sobre su falta de virtualidad como causa de nulidad de actuaciones, arts. 238 LOPJ y 225 LEC, dado que su tratamiento legal es el de dispensar la oportunidad de su propuesta y práctica en la segunda instancia, art. 460 LEC.

Solo muy excepcionalmente la denegación de acceso a prueba en la primera instancia puede tener una relevancia que sobrepase el mero remedio legal de su propuesta y práctica en vía de apelación, art. 460 LEC. Ello se da, de forma absolutamente extraordinaria, cuando tal rechazo pasa a tener una incidencia en el derecho a tutela judicial efectiva, por generar indefensión a la parte, en cuanto a la integración de los elementos fácticos del litigio, al haber prescindido el juez *a quo* por completo de toda práctica de prueba y haber además utilizado para ello, formal o materialmente, unos criterios completamente ajenos en todo punto a los legales de relevancia y pertinencia de prueba, de los arts. 281 y 283 LEC. Pero tan absolutamente excepcional es esa doctrina, que la jurisprudencia rechaza sistemáticamente tal nulidad cuando la parte tiene oportunidad de proponer en segunda instancia esos medios inadmitidos de prueba, vd. *STS nº 139/2014, de 12 de marzo, FJ 3º*. Y sobre tales extremos, y valoración de los criterios de pertinencia de prueba, se ha de remitir a CAIXA ONTINYENT a lo resuelto por este tribunal de apelación en el Auto de examen de propuesta de prueba en segunda instancia, y en el Auto que resolvió la reposición frente al anterior.

**Motivo quinto (sustantivo): inexistencia de verdaderas condiciones generales de la contratación, por su carácter negociado.**

(99).- *Enunciado del motivo.* Se sostiene en el escrito de recurso de CAIXA ONTINYENT que no puede reputarse que las cláusulas suelo observadas en este litigio sean condiciones generales de la contratación, ya que fueron aceptadas por los clientes en un proceso de negociación, ya que no gozan del rasgo de imposición por parte del predisponente, sino que derivan de una negociación individual, incluso sobre su exclusión del contrato.



(100).- *Valoración del tribunal.* De entrada ha dejarse sentado que la aceptación del cliente, como declaración de voluntad contractual para conformar el consentimiento del negocio jurídico de que se trate, es un requisito de validez de tal negocio jurídico obligacional, que abarca toda la extensión de lo pactado, incluidas condiciones generales de la contratación, si concurren. Nada tiene que ver, pues, la aceptación del contrato por el consumidor con la existencia y reconocibilidad de condiciones generales de la contratación. Sobre ellos, sin perder un ápice de su naturaleza, también concurre, tiene que concurrir, la declaración de voluntad que conforma el consentimiento contractual.

Por otra parte, de acuerdo con el enorme volumen de contratos en los que aparece sistemáticamente este tipo de cláusula, sin ir más allá, los varios miles adjuntados a este pleito, es posible predicar la notoriedad y evidencia fáctica sobre la naturaleza de condición general de la contratación de este tipo de cláusula, dentro de la contratación seriada y continua del sector bancario, como señala la STS nº 222/2015, de 29 de abril, FJ 7.4, al razonar que:

*" 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".*

#### **Motivo sexto: superación del filtro de transparencia por las cláusulas empleadas por la entidad.**

(101).- *Articulación del motivo.* El recurso de CAIXA ONTINYENT estima que, en todo caso, y sea como sea la forma de entender las exigencias del filtro de transparencia, la forma de utilizar sus cláusulas suelo superaría dicho control, dados los rasgos con los que se usaba tal tipo de pacto, y la evidencia de su contenido.

(102).- *Valoración del tribunal.* En el caso de esta entidad, la cláusula se presenta en la escritura de préstamo dentro de la estipulación " Tercera.- intereses ordinarios". Y dentro de la misma, aparece con una intitulación propia: " LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS", separada y en mayúscula. Dicho título da paso a un párrafo separado, diferenciado del resto del texto dedicado a fijar la manera en la que se establece el cálculo del interés ordinario. El texto de dicha cláusula señala que " para el caso de revisión del tipo de interés, las partes acuerdan expresamente que el tipo nominal anual a aplicar, no podrá ser inferior al 3,50% ni sobrepasar nunca el 9,50% nominal anual, cualquiera que fuera lo que resultase del mecanismo de revisión anteriormente expuesto" [vd. doc. nº 839, correspondiente al préstamo concertado con Srs. Felix y Melchor ].

Debe recordarse, una vez más, que ahora lo importante no es la claridad gramatical de la cláusula o su aparición en la oferta vinculante, para denotar meramente su existencia, sino que lo fundamental es que de acuerdo con las circunstancias de hecho con las que se presenta la misma al consumidor, a éste se le ponga en condición de percibir objetivamente, bajo los rasgos ya citados propios del consumidor medio, que tal pacto tiene una importancia obligacional al menos equiparable al resto de los elementos que van a conformar el coste financiero, el precio, de las obligaciones que asume, y que si se da tal importancia al trato de ese pacto, es justamente porque puede contribuir a determinar la carga económica que se vea obligado a asumir, en un plano similar, v. gr., a índice de referencia elegido, al interés fijo del primer periodo de amortización, o al diferencial



aplicable al índice de referencia. Y en especial, dada la presente sede de control abstracto, que a través de aquellas circunstancias se revele una práctica generalizada adecuada de la entidad bancaria para dotar de tal transparencia al efecto prestacional de dicha cláusula, de modo que evite la dilución o enmasacramiento de su alcance respecto de otros elementos configuradores del coste del contrato.

Desde tal regla de juicio, la presentación hecha por CAIXA ONTINYENT se revelaría, en principio, como adecuada, siempre en este marco de control abstracto, para evidenciar objetivamente que la cláusula suelo, no solo existe en el contrato, sino que su importancia dentro del capítulo destinado a fijar el coste financiero del contrato para el consumidor, los intereses ordinarios, es cuando menos tan relevante como los otros elementos que allí constan a tal fin. Ello se lograría al presentar un título específico dentro de la estipulación general destinada al interés ordinario, en párrafo aparte, el cual ya anuncia que existe una limitación al interés variable, sin siquiera necesidad de atender al texto siguiente, ni parar en su lectura. La propia individualización de la cláusula suelo en un párrafo distinto al de los destinados a regular los otros elementos configuradores del coste, precio, del contrato, supone una praxis adecuada, al colocarla en el mismo plano de importancia con la que se tratan aquellos otros elementos generalmente atendidos por el consumidor para hacerse una idea de qué débitos habrá de afrontar en cada cuota de amortización.

Pese a tal esfuerzo, en buena medida distintivo de lo hecho por otras entidades, por ésta se presenta la cláusula suelo junto con el pacto de techo, limitador al alza de la variabilidad de tipo de interés, lo que ha sido precisamente valorado por la jurisprudencia como un comportamiento apto para oscurecer la comprensión de los efectos prestacionales de dicha cláusula, al desviar la atención del consumidor medio hacia la aparente protección a su favor que pueda provenir de aquel tope máximo, razón esta que impide esquivar la conclusión de nulidad acogida en la Sentencia apelada.

**Motivo séptimo: necesaria distinción de grupos especiales de contratantes, como clientes subrogados.**

(103).- *Formulación del motivo.* Señala el recurso de CAIXA ONTINYENT que, en todo caso, la Sentencia apelada yerra en sus valoraciones al no haber distinguido para emitir su juicio que concurrían diferentes clases de clientes, como es el caso de consumidores subrogados en préstamos de promotores inmobiliarios, que aceptaban expresamente el clausulado concertado con el deudor originario.

(104).- *Valoración del tribunal.* Este argumento es de contenido similar a otros ya contestados en esta resolución, respecto a que, a estos efectos, no existen subgrupos de la figura del consumidor medio, o por así decirlo, no es posible establecer categorías de consumidores medios de novaciones, de subrogaciones en préstamo promotor, de grupos de empleados de banca, de colectivos agrupados para ofertas de contratación... A lo ya expuesto para resolver sobre esas alegaciones, se remite a la parte.

**XI.- Recurso de apelación deducido por CAJA RURAL DE JAEN BARCELONA Y MADRID SCC .**

**Motivo primero (procesal): Indebida admisión de la acumulación subjetiva de acciones.**

(105).- Expone el recurso de CAJA RURAL DE JAEN que en la demanda de ADICAE se han acumulado indebidamente acciones contra una serie diversa y amplia de entidades de crédito diferentes, hasta un total de 101, cada una de las cuales utiliza cláusulas suelo distintas, no idénticas, y sin conexión en la causa de pedir, lo que ha generado un proceso ingobernable, y ha limitado injustificadamente las posibilidades de defensa y proposición de prueba de esa parte, y que ha llevado a la Juez a quo a aplicar un control abstracto con razonamientos genéricos y superficiales, con un resultado aún más estricto que el que debe resultar de la doctrina jurisprudencial.

(106).- En buena medida, la resolución de este motivo debe remitirse a lo ya expuesto en el FJ (92) de esta sentencia de apelación, con el mismo objeto.

Por lo de más, en cuanto a la alegación especial de CAJA RURAL DE JAEN de haber visto limitadas injustificadamente sus posibilidades de defensa y proposición de prueba, como resultado de aquella acumulación, no es posible determinar cuáles hayan sido las referidas limitaciones en el orden alegatorio de la parte, ya que ni se especifican en el recurso, ni se intuyen por el tribunal. No ha existido limitación alguna para la elaboración de la contestación a la demanda, ni para la aportación de documentos, ni para la intervención en los actos orales.

En cuanto a la limitación alegada en la propuesta y práctica de la prueba, la resolución de la Juez *a quo* sobre tal materia se asentó en criterios de idoneidad de la propuesta, por su pertinencia y relevancia respecto de aquello que se entendió que era objeto del proceso, bajo los criterios legales de los arts. 281 y 283 LEC, lo que precisamente ha sido examinado por este tribunal de apelación en cuanto a la propuesta de prueba en segunda instancia. Nunca se han empleado por la Juzgadora de la primera instancia otros criterios para rechazar la propuesta de prueba distintos de los legales, como serían los derivados del volumen o duración de la práctica



de prueba. Todo ello, sin perjuicio de la opinión de este tribunal sobre la razonabilidad y conveniencia para la acción de la justicia de la conformación de litigios de este tipo, opinión que debe ser relegada en atención a los criterios legales de acumulación ya expuestos.

**Motivo segundo (procesal): infracción de las garantías procesales por inadmisión de prueba en primera instancia, generadora de indefensión para la parte.**

(107).- Señala el recurso de CAJA RURAL DE JAEN que la inadmisión de prueba en la primera instancia no se ajusta a Derecho, y genera una indefensión para la parte al impedir tener acceso a aquellos medios que eran precisos para defender sus argumentos, como lo demuestra la condena en la Sentencia de la primera instancia basada en aquellos hechos que no pudieron ser probados por la parte.

(108).- Esta cuestión ya ha sido tratada específicamente en esta sentencia de apelación, en el FFJJ (52) y (98), al que se remite la resolución de este motivo de recurso.

**Motivo tercero (sustantivo): imposibilidad de enjuiciar la falta de transparencia de la cláusula suelo en abstracto, al estar referida al objeto principal del contrato.**

(109).- Incide el recurso en una cuestión ya tratada abundantemente en esta resolución, cual es la inviabilidad de aplicar el juicio de transparencia en sede de acciones colectivas, para su control en forma abstracta, ya que la naturaleza y requisitos de dicho juicio de transparencia determinan que su observación solo pueda tener lugar de manera singular y concreta, en atención a cada contratación realizada, además de pretender proyectarse sobre un elemento del objeto principal del contrato, para la determinación del precio, considerado como equilibrio económico entre las prestaciones de cada parte.

(110).- Sobre estas cuestiones, ampliamente analizadas en esta sentencia, se debe remitir la resolución de este motivo a los FFJJ (6) a (13) y (54), (83) y (102), por todos los que se ocupan de ella.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia de las cláusulas analizadas, incluso aplicado en forma abstracta.**

(111).- *Exposición del motivo.* Indica el recurso de CAJA RURAL DE JAEN que, en cuanto al control de transparencia reforzado, tal cual exigían las normas sectoriales, se hizo constar la cláusula suelo en las ofertas vinculantes entregadas a los clientes, y se recogieron conforme a dicha normativa en las escrituras públicas de otorgamiento de los contratos de préstamo, además de procederse a la lectura por los notarios autorizantes de las correspondientes cláusulas. Añade el recurso, que las estipulaciones que contienen tales suelos están redactadas con concreción, claridad y sencillez, incluso siguiendo la normativa posterior a la interposición de la demanda de ADICAE, como la OM de 28 de octubre de 2011 o la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

(112).- *Valoración del tribunal.* Lo que en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN se pretende es acreditar la superación del filtro de transparencia en la forma de inclusión de sus cláusulas suelo a partir la comparación de las mismas con criterios establecidos por normativa que se ha de vincular estrictamente con el cumplimiento de las exigencias de inclusión, de los arts. 5 y 7 LCGC. Con ello, se emplea una perspectiva de análisis jurídico inadecuada al fin perseguido de atacar las conclusiones de la Sentencia apelada sobre el control de transparencia efectuado, sin aportar argumentos que controviertan desde la propia óptica del control de transparencia aquellas conclusiones. Se centra la argumentación del recurso en cuestiones como la concreción de la redacción, su sencillez o claridad gramatical, resalte gráfico, ubicación conforme a las exigencias del Anexo II de la OM de 4 de mayo de 1994, la lectura notarial de la escritura pública, o, incluso, el pago por los consumidores de las cuotas de amortización sin objeción alguna por su parte.

El cumplimiento, o su omisión, de la normativa sectorial especial, como la OM de 5 de mayo de 1994, no es relevante para valorar si se logra sobrepasar o no el filtro de transparencia, ubicado ya en la esfera del control de contenido de condiciones generales de la contratación, no en el de inclusión. Este control de incorporación lo es exclusivamente al fin de poder predicar si tal pacto llega o no a integrarse formalmente en el contrato, como cláusula del mismo. Pero una vez pasado este primer acceso, es donde entra en juego sobre los pactos así incorporados, el llamado control de contenido, del art. 8 LCGC, respecto de la abusividad intrínseca a las cláusulas incorporadas de modo efectivo al contrato, o con el control de transparencia sobre pactos que afecten a elementos del objeto principal del contrato. Ya se señaló en la *SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 379/2017, de 21 de julio, FJ 2º*, que:

" La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 en su apartado 202 señaló que: "... la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor." .



Por su parte la *sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015* indicó que la anterior *sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013* valora adecuadamente la normativa administrativa en vigor, en concreto la *Orden de 5 de mayo de 1994*, al afirmar que su observancia garantiza de forma razonable el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

Respecto de la independencia de enjuiciamiento entre un plano y otro, una vez alcanzada la conclusión de que la cláusula sí está incorporada, donde para el control de abusividad a través de la falta de transparencia ya no opera el mero cumplimiento de los requisitos de la OM de 5 de mayo de 1994, se indicó en la *SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 132/2017, de 10 de marzo, FJ 2º*, que:

" En este sentido, *La STS de 24 de marzo de 2015* señaló que el cumplimiento de las prescripciones de la *Orden de 5 de mayo de 1994* no garantiza la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula.

*La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014* señala que la oferta vinculante no puede llenar los requisitos de transparencia cuando siguen el mismo esquema formal que la escritura pública analizada, donde la cláusula suelo, referida a un tipo mínimo anual, queda encuadrada en el apartado con referencia al tipo de interés variable, sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias."

Incluso cuando el recurso de CAJA RURAL DE JAEN alega como prueba de la transparencia la lectura del notario en el acto de otorgamiento del contrato, de lo que se da fe en el propio cuerpo de la escritura pública, realmente sigue ubicando sus argumentos dentro del control de inclusión, no propiamente en el de contenido, sea por abusividad directa, sea por falta de transparencia. Frente a ello, ha de recordarse que en el momento del acto notarial de la firma aquella información tiene ya un escaso factor de influencia sobre la oportunidad de contratar o dejar de hacerlo, del consumidor. Como apunta la doctrina jurisprudencial, tal actuación del notario no implica por sí la aportación al consumidor de la información sobre cuáles serán las implicaciones económicas y prestacionales que la aparición de tal cláusula tendrá para las obligaciones contractuales del consumidor. Respecto a la valoración de la intervención notarial en el momento de la firma del contrato, la *STS nº 593/2017, de 7 de noviembre, FJ 4º.7 y .8*, indica que:

" También considera la Audiencia Provincial que la cláusula suelo era transparente porque la escritura fue leída por el notario. Como hemos dicho en las *sentencias 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio*, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia. En la *sentencia 138/2015, de 24 de marzo*, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda (lo habitual en el caso de consumidores es que el préstamo hipotecario sirva para pagar el precio de la vivienda que acaba de comprarse en la escritura otorgada justo antes y ante el mismo notario), por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con fundamento en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar.

Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La *STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb (...)*

Ciertamente, en la *sentencia 171/2017, de 9 de marzo*, dijimos que "en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]". Pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. En el supuesto objeto de ese recurso, el consumidor había sido informado previamente de la existencia de tal cláusula suelo, hasta el punto de que este la había comparado con la ofertada por otras entidades bancarias y consiguió una rebaja en el suelo propuesto. Sin entrar en hasta qué punto tal circunstancia excluía el carácter no negociado de la cláusula, extremo este que en dicho recurso no era cuestionado por los litigantes ni por las sentencias de instancia, sí que servía para acreditar que en la fase precontractual el consumidor tuvo cumplida información de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo".



Por ello, los argumentos impugnatorios aportados por CAJA RURAL DE JAEN contra la valoración efectuada en la Sentencia de la primera instancia no tienen virtualidad de enervar las conclusiones ahí alcanzadas, ya que a través del mero cumplimiento de requisitos que funcionalmente relacionados con la incorporación de la condición general de la contratación, no puede observarse si se colman o no las exigencias del control de transparencia, puesto que aquellos y este operan en diferentes esferas jurídicas.

Finalmente, en particular, la alegación sobre el pago voluntario de las cuotas de amortización por los concretos consumidores afectados por la cláusula, sin protesta alguna y la posibilidad de que ello constituya un comportamiento revelador para la aplicación de la doctrina de los actos propios, resulta de todo punto inaceptable, ya porque dicha doctrina no puede operar para salvaguardar actos afectados de nulidad radical imputables al comportamiento de la parte predisponente frente al consumidor; ya porque ni se reúnan los requisitos para la aplicación como tal de dicha doctrina, ni porque sea relevante para juzgar lo que aquí se juzga, no el comportamiento individual de cada consumidor afectado, sino la pauta estandarizada observada por la entidad bancaria respecto a la dotación de transparencia de una condición general de la contratación relativa al objeto principal del contrato.

**Motivo quinto: necesaria delimitación temporal y objetiva de los efectos de la estimación de la acción de cesación.**

(113).- *Formulación del motivo.* Señala el recurso de CAJA RURAL DE JAEN que aun cuando procediese la estimación de la acción de cesación, la Sentencia apelada debería haber delimitado la extensión de su Fallo, ya que no puede sin mayor discriminación aplicarse la orden de cesación a ciertos tipos o clases de adherentes, como ocurre con contratos con novaciones modificativas de la propia cláusula suelo, subrogaciones subjetivas en préstamos preexistentes, incluso provenientes de otras entidades, préstamos concertados con clientes de perfil cualificado, o los firmados ya tras el año 2009, cuando se produjo un drástico descenso del Euribor. En todo ellos, señala, concurren circunstancias objetivas como para excluirlos del alcance de la condena recaída en aplicación abstracta y genérica del control de transparencia, que solo afectaría, por tanto, a las cláusulas efectivamente incorporadas con falta de transparencia, no a otras.

En segundo lugar, añade el recurso, no es posible que la condena afecta tampoco a cláusulas de contratos suscritos tras la presentación de la demanda de ADICAE, por efecto de la litispendencia, ni a contratos ya celebrados bajo la vigencia de nuevas normas legales sobre los deberes de transparencia bancaria.

(114).- *Valoración del tribunal.* En primer lugar, el recurso de CAJA RURAL DE JAEN vuelve a plantear la cuestión de la limitación de los efectos de la sentencia estimatoria de la acción de cesación respecto de ciertos grupos especiales de consumidores, respecto de quienes no se podría concluir, según su tesis, que les sea aplicable la falta de transparencia apreciada de un modo general y abstracto. Es decir, tal planteamiento equivale a afirmar que la declaración de nulidad de este tipo de cláusula, solo sería reconducible a casos individuales en los que efectivamente termine por comprobarse que existió la falta de transparencia en la que se funda la nulidad.

Tal cual ya se ha expuesto en esta sentencia, ello no resulta aceptable por varias razones. En primer término, se produciría un fraccionamiento inadmisibles de la figura del consumidor medio, en subgrupos delimitados arbitrariamente, hasta la total disgregación de aquel concepto, si se van fijando criterios de separación, más o menos objetivos. Ello es radicalmente contrario al espíritu del enjuiciamiento abstracto que preside el control a realizar en litigios por acciones colectivas. En segundo lugar, supondría el vaciamiento de contenido práctico del fallo que se dicta en tales procesos por acciones colectivas, dejándolo en una mera proclamación genérica, donde más adelante habría que concretar en el caso de cada consumidor si se dio o no transparencia a la cláusula, para expulsarla o no del contrato, lo que generaría nuevos conflictos jurídicos. Y en tercer lugar, el planteamiento confunde dos planos ya delimitados por la jurisprudencia, el del control abstracto y el del control singular. Es en el caso de este último donde pueden operar el conjunto de circunstancias que se alegan en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN.

Ha de recordarse, en cuanto al deber de expulsar, por la entidad de que se trate, de todos los contratos la cláusula objeto de pronunciamiento, que la STS nº 367/2017, de 8 de junio, FJ 2º.6, señala:

*" Junto a estas consideraciones sobre la diferente naturaleza de las acciones colectiva e individual que tengan por objeto la declaración de nulidad, por abusivas, de condiciones generales y la falta de automatismo en la extensión de la cosa juzgada, también debe tomarse en cuenta la función tuitiva de los consumidores que tiene la acción colectiva, que se funda en lo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE. Esta función se vería frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en procesos pendientes o futuros en que se ejercitara la acción individual respecto de dicha cláusula.*

*En este sentido, hemos afirmado en las sentencias 401/2010, de 1 de julio, y 241/2013, de 9 de mayo ( en lo sucesivo nos limitaremos a citarla como sentencia 241/2013 ), que la defensa de los intereses colectivos en el*



*proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme "* (énfasis añadido).

**(115).**- En cuanto a la alegación del efecto de litispendencia, art. 410 LEC, respecto de cláusulas incluidas en contratos celebrados tras la fecha de la presentación de la demanda de ADICAE, ha de señalarse que, de nuevo, tal planteamiento parte de la confusión de los dos planos indicados, el del objeto propio de las acciones colectivas y el de acciones individuales. El presente litigio no se refiere en concreto a determinados contratos, como si la acción fuera una acumulación o aglomeración de acciones individuales, respecto de los que hubiera que distinguirse singularmente si estaban afectados o no por los efectos del proceso, según su fecha de celebración. No es así. Lo enjuiciado en el marco de la acción colectiva es una observación en abstracto sobre el comportamiento normalizado de la entidad de crédito respecto de la dotación de transparencia de la inclusión de determinada cláusula contractual. En tal plano, los contratos aportados no son sino prueba de dicha pauta estandarizada, pero no constituyen por sí mismos objeto de enjuiciamiento singular, respecto de la relación jurídica individual creada por cada uno de ellos. Por tal razón, no puede conectarse como pretende CAJA RURAL DE JAEN, el efecto de la litispendencia de este proceso con determinados contratos individualmente contemplados.

Finalmente, en cuanto al argumento respecto de contratos celebrados bajo la vigencia de nuevas normas legales, ha de indicarse que, de un lado, tales normas, como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, o la OM de 28 de octubre de 2011, hacen referencia a los requisitos de incorporación, para el examen previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, como ya se ha expuesto reiteradamente en esta resolución, por lo que no se produce una alteración de las exigencias mínimas de observación de deberes de transparencia, en el plano del control material, sobre los efectos económicos de tales cláusulas suelo frente al consumidor medio, como canon de enjuiciamiento, no respecto de cada concreto y singular consumidor. De otro lado, esta alegación vuelve a reconducir la cuestión litigiosa de este procedimiento por acciones colectivas, a particularidades individuales de cada contratación, lo que no es objeto de este proceso, como ya se ha indicado.

## **XII.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE EXTREMADURA SCC .**

### **Motivo primero, segundo, tercero y quinto del recurso.**

**(116).**- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos, de los articulados en el escrito de recurso por CAJA RURAL DE EXTREMADURA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para ellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida para cada uno.

### **Motivo cuarto: superación del control de transparencia por el uso dado a las cláusulas en cuestión.**

**(117).**- Es en este punto del recurso donde habría de discutirse la conclusión alcanzada por la Sentencia de la primera instancia respecto a la apreciación de la falta de transparencia sobre la dotación de evidencia de los efectos prestacionales y económicos para el consumidor, derivados de la forma de utilización de la cláusula suelo realizada en la práctica general de CAJA RURAL DE EXTREMADURA, tomando para tal análisis los rasgos propios del consumidor medio.

Pero en lugar de argumentos sobre dicho objeto, que valorar por su contenido impugnatorio de aquellas conclusiones de la Sentencia apelada respecto a criterios del auténtico control de transparencia, CAJA RURAL DE EXTREMADURA incide en el contraste de las cláusulas empleadas con los requisitos propios de incorporación al contrato de la estipulación que constituya condición general de la contratación, realizada tal comparación por invocación de las exigencias contenidas en las OOMM de 5 de mayo de 1994, de 28 de octubre de 2011, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la Directiva UE 2014/17. Todo ello, precisamente derivado y relacionado con el contenido de su motivo de recurso tercero, sobre la negación de la posibilidad de realizar el genuino control de transparencia en el marco de un examen abstracto, impuesto por el proceso seguido por acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación, rechazo que lleva luego a sostener el control de transparencia sobre puros criterios de incorporación, recogidos en la correspondiente normativa sectorial especial, a fin de integrar el examen propio de los arts. 5 y 7 LCGC. De nuevo, la aplicación de los argumentos así aportados no puede tener resultado eficaz, en la labor revisora de apelación, respecto a la desvirtuación de conclusiones alcanzadas por aplicación del verdadero



control de transparencia, como se le quiera denominar, material, segundo..., en todo caso distinto del de mera incorporación.

### **XIII.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE ZAMORA SCC .**

#### **Motivo primero, segundo, tercero y quinto del recurso.**

(118).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos, de los articulados en su escrito de recurso por CAJA RURAL DE ZAMORA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para ellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

#### **Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**

(119).- De nuevo, la estructura y contenido de este motivo de recurso de CAJA RURAL DE ZAMORA responde al mismo patrón que el articulado bajo tal epígrafe por la dos recurrentes anteriores, de modo que no se abordan argumentos realmente impugnatorios sobre las exigencias del genuino control de transparencia, ya que conforme al motivo tercero se considera el mismo inviable para su aplicación en acciones colectivas, y se centra el análisis en criterios de pura incorporación de condiciones generales de la contratación, art. 5 y 7 LCGC, tomados de la normativa sectorial que se considera aplicable. La respuesta del tribunal a tal planteamiento ha de ser la misma que la ofrecida anteriormente para esas recurrentes.

### **XIV.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE GRANADA SCC .**

#### **Motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso.**

(120).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por CAJA RURAL DE GRANADA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

#### **Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**

(121).- Se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DE GRANADA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las tres recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo que, al combatir el juicio de control de transparencia con argumentos sobre examen de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

### **XV.- Recurso de apelación entablado por NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN SCC (BANTIERRA).**

#### **Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(122).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por BANTIERRA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo cuarto: superación del filtro de transparencia.**

(123).- Como se ha señalado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de BANTIERRA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las cuatro recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

**XVI.- Recurso de apelación interpuesto por CAJA RURAL CENTRAL SCC .****Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(124).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por CAJA RURAL CENTRAL vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**

(125).- Como se ha señalado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL CENTRAL, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las cinco recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

**XVII.- Recurso de apelación de BANCO MARE NOSTRUM SA .****Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(126).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por BANCO MARE NOSTRUM SA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo cuarto: superación del filtro de transparencia.**

(127).- Como se ha señalado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de BANCO MARE NOSTRUM SA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las seis recurrentes anteriores, mediante una formulación



jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

#### **XVIII.- Recurso de apelación de UNICAJA BANCO SA .**

##### **Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(128).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por UNICAJA BANCO SA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

##### **Motivo cuarto: superación del filtro de transparencia.**

(129).- Tal cual se viene indicado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de UNICAJA BANCO SA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las siete recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

#### **XIX.- Recurso de apelación formulado por BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA (BANCO CEISS).**

##### **Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(130).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por BANCO CEISS vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

##### **Motivo cuarto: superación del filtro de transparencia.**

(131).- Tal cual se viene indicado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de BANCO CEISS, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las ocho recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

De hecho, en el caso de esta entidad bancaria, BANCO CEISS, lo que llega a destacarse en el recurso de apelación, con finalidad alegatoria, es la presentación de la cláusula suelo dentro del mismo párrafo, sin separación alguna, dedicado a la fijación de la manera de cálculo del interés ordinario, tras la exposición del diferencial aplicable. De tal manera, ha de concluirse que se presenta como un elemento secundario, como



mera adenda de menor importancia, a la sombra de otros elementos capitales para fijar el coste del contrato, en particular, el índice de referencia móvil y su diferencial aplicable.

**XX.- Recurso de apelación de CAJA DE ARQUITECTOS SCC .**

**Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(132).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por CAJA DE ARQUITECTOS vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo cuarto: superación del filtro de transparencia.**

(133).- Tal cual se viene indicado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de CAJA DE ARQUITECTOS, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las nueve recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

**XXI.- Recurso de apelación deducido por CAJA RURAL DEL SUR SCC .**

**Motivos primero, segundo, cuarto y sexto.**

(134).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; cuarto, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y sexto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por CAJA RURAL DEL SUR vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo tercero (procesal): falta de legitimación pasiva e incongruencia extrapetita de la sentencia, respecto a Caja Rural de Córdoba .**

(135).- *Formulación del motivo.* Señala el recurso de CAJA RURAL DEL SUR que en la Sentencia apelada se analiza y se concluye la nulidad de las cláusulas suelo empujadas por Caja Rural de Córdoba. Pero, indica, dicha entidad no figuraba demandada por ADICAE, en cuyo extenso escrito de demanda no se hacía referencia a esta entidad. Pese a ello, continúa, la Juez *a quo* ha entendido que tal demanda afectaba también a Caja Rural de Córdoba por el hecho de que en el curso del proceso se haya producido la fusión por absorción de tal entidad por parte de CAJA RURAL DEL SUR.

(136).- *Valoración del tribunal.* En primer término, debe resolverse la cuestión de si CAJA RURAL DEL SUR está o no legitimada para alegar en apelación, la incongruencia procesal de sentencia que afectaría a Caja Rural de Córdoba.

Sobre ello, debe recordarse que en este momento Caja Rural de Córdoba no tiene ya personalidad jurídica propia, al extinguirse por su absorción societaria por parte de CAJA RURAL DEL SUR. Por tanto, el legítimo interés en la defensa de las cuestiones que afectasen patrimonialmente a aquella entidad extinta, recae ahora en su sucesora universal, que aparece así, de hecho, como la única persona jurídica legitimada para dicha defensa. Por ello, la apelante cuenta con la plena legitimación al efecto de denunciar la citada incongruencia procesal.



(137).- Pasando a analizar ya si concurre o no la incongruencia alegada, deben tenerse presentes los siguientes extremos, por lo demás incontrovertidos por ADICAE, al no formular observación alguna en las 46 páginas de su escrito de oposición, dedicado solo a este recurrente [f. 186 a 208 del rollo], y que resultan de los autos:

(i).- La demanda, ni sus sucesivas ampliaciones, de ADICAE no hace referencia, ni en su cuerpo, ni en su Suplico, a Caja Rural de Córdoba.

(ii).- El Juzgado rechazó la presentación de escritos en nombre y representación de Caja Rural de Córdoba, al estimar expresamente que tal entidad no figuraba como parte demandada, en Diligencia de Ordenación de fecha 9 de mayo de 2014, resolución no controvertida en modo alguno.

(iii).- Cuando la Sentencia de la primera instancia contuvo resolución sobre esta entidad, por parte de CAJA RURAL DEL SUR se formuló escrito de aclaración o complemento, el que fue resuelto por Auto de fecha 20 de junio de 2016, al señalar que no cabe eliminar del contenido de la Sentencia las referencias hechas a Caja Rural de Córdoba, ya que consta desde fecha de 22 de septiembre de 2014 la fusión por absorción de tal entidad con CAJA RURAL DEL SUR.

(138).- De lo anterior ha de concluirse que no se está un supuesto de legitimación por sucesión universal, operada ésta antes de la interposición de la demanda, de modo que la práctica habitual sobre la inclusión de condiciones generales realizada por la sociedad absorbida, fuera asumida para su observación litigiosa por la sociedad absorbente, como ha ocurrido con varias entidades en el presente litigio.

Pero es que tampoco se está ante un supuesto de sucesión procesal. Lo ocurrido es que la acción se dirige solo, a estos efectos, contra una entidad preexistente, con personalidad jurídica propia y diferenciada entonces, CAJA RURAL DEL SUR. Cuando durante el curso del proceso, por esa entidad se absorben societariamente otras, no se produce de modo automático y por tal razón, una suerte de ampliación del objeto del proceso a las prácticas que mantuvieron separadamente dichas entidades absorbidas, ni puede existir una sucesión procesal, art. 17 LEC, de está absorbente respecto de aquellas absorbidas si no existía acción entablada previamente contra la transmitente del objeto litigioso. Es decir, solo cuando inicialmente se hubiera dirigido acción contra Caja Rural de Córdoba, una vez extinguida ésta y transmitidas sus relaciones a CAJA RURAL DEL SUR, podría hablarse de sucesión de ésta por aquella.

Por tanto, se ha de apreciar la incongruencia *extrapetita* alegada, art. 218.1 LEC, al afectar el fallo a personas no comprendidas en el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, lo que conllevará la exclusión del Fallo de la condena frente a Caja Rural de Córdoba, con estimación del motivo de recurso.

#### **Motivo quinto: superación del filtro de transparencia.**

(139).- Tal cual se viene indicado, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DEL SUR, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las diez recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

#### **XXII.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE ASTURIAS SCC .**

##### **Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(140).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por CAJA RURAL DE ASTURIAS vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

##### **Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**



(141).- Como ya se ha señalado varias veces, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DE ASTURIAS, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las once recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

**XXIII.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE ALBACETE, CIUDAD REAL, Y CUENCA SCC (GLOBALCAJA) .**

**Motivos primero, segundo, tercero y quinto.**

(142).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por GLOBALCAJA vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**

(143).- De acuerdo con lo reiterado en varias ocasiones, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de GLOBALCAJA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las doce recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

Incluso, en el caso de esta entidad bancaria, GLOBALCAJA, lo que llega a destacarse en el recurso de apelación, con finalidad alegatoria, es la presentación de la cláusula suelo utilizada por las entidades *Caja Rural de Ciudad Real* y *Caja Rural de Cuenca* dentro del mismo párrafo, sin separación alguna, dedicado a la fijación de la forma de cálculo del interés ordinario, tras la exposición del diferencial aplicable, sin epígrafe propio. De tal manera, ha de concluirse que se presenta como un elemento secundario, como mera adenda de menor importancia, a la sombra de otros elementos capitales para fijar el coste del contrato, en particular, el índice de referencia móvil y su diferencial aplicable. En cuanto a la práctica que observada por la entidad también absorbida *Caja Rural de Albacete*, el recurso se limita a comparar su uso con las exigencias del Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994.

**XXIV.- Recurso de apelación de UNIÓN DE CRÉDITO PARA LA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA EF SA (CREDIFIMO).**

**Motivos de recurso primero, segundo, tercero y quinto.**

(144).- Los motivos de apelación primero, sobre la indebida acumulación subjetiva de acciones; segundo, sobre la causación de indefensión a la parte por indebida denegación de prueba en primera instancia; tercero, respecto de la improcedencia de enjuiciar de modo abstracto el control de transparencia; y quinto, sobre la necesidad de delimitar la extensión del Fallo estimatorio respecto de ciertos grupos de contratos; de los articulados en su escrito de recurso por CREDIFIMO vienen a coincidir en la letra y el sentido, prácticamente con mimetismo argumental, a los formulados en el recurso de CAJA RURAL DE JAEN, ya analizados. Por ello, ha de remitirse a esta parte recurrente a la solución dada para aquellos, la que se tiene aquí por enteramente reproducida.

**Motivo cuarto: superación del control de transparencia.**



(145).- De acuerdo con lo reiterado en varias ocasiones, se toma en consideración por este tribunal siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el análisis revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

De nuevo, en el caso de CREDIFIMO, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por las trece recurrentes anteriores, mediante una formulación jurídica de fondo, que al ser dedicada a criterios de análisis sobre control de incorporación, no tiene fuerza para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

#### **XXV.- Impugnación de sentencia entablada por BANKIA SA .**

##### **Motivo único: falta de delimitación de los consumidores afectados por el fallo de las acciones individuales.**

(146).- *Planteamiento del motivo.* En el escrito de oposición al recurso de ADICAE, se formula a su vez por parte de BANKIA impugnación de la Sentencia, en la que señala que (i).- no ha sido identificada adecuadamente la acción que da lugar a este procedimiento, ya que no se trata de ninguna clase de acción colectiva, sino que en la demanda se acumulan una serie de acciones individuales, de modo plurisubjetivo, como se evidencia con el hecho de la falta de homogeneidad de cada situación individual de los contratos aportados; (ii).- con ello, la Sentencia no ha analizado las acciones individuales ejercitadas verdaderamente, sino que se ocupa de una acción colectiva realmente no entablada; (iii).- dicho equívoco de la Sentencia, lleva a que ésta no analice de modo individualizado las circunstancias de cada contrato y cada contratante, y con ello, olvida señalar que muchos de los demandantes no gozaban siquiera de la condición de consumidores, y que muchas de las cláusulas habían sido negociadas, no incumplían la falta de transparencia, ya que bien promotores inmobiliarios, bien otro tipo de vendedores, como administradores concursales, habrían informado de la cláusula suelo antes de que se produjese la subrogación en los préstamos o eran cooperativistas; (iv).- ello puede ser apreciado en los casos de distintos contratantes de las Cajas absorbidas por BANKIA, como son Caja Insular de Canarias, Caja de Ahorros de La Rioja, Caja de Ahorros de Segovia, y Bancofar SA.

(147).- *Valoración del tribunal.* De la argumentación y términos utilizados en la impugnación de BANKIA SA, se puede concluir que su ataque a la Sentencia de la primera instancia se basa en que no haya discriminado en su Fallo a los demandantes que no puedan beneficiarse de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, bien por no gozar del rasgo de consumidores, bien por tratarse de cláusulas negociadas, bien por haber sido informados de las cláusulas por terceras personas. No existe propiamente en esta impugnación motivo fundado en indebida acumulación de acciones respecto a tales grupos, ni en irregularidad en la aplicación del filtro de transparencia aplicable a esos supuestos especiales.

El motivo planteado yerra de plano en su base argumental, al dar por supuesto que el objeto del presente proceso está integrado por una acumulación de acciones individuales y no por una acción colectiva de cesación del art. 12.2 LCGC, y pretender entonces, desde tal afirmación equivocada, valorar el resultado del Fallo de la Sentencia impugnada. De entrada, resulta llamativo que del conjunto de más de 30 recurrentes de tal Sentencia, esta parte sea la única que no se ha percatado del objeto del litigio, después de su dilatada y extensa tramitación.

Ya la demanda inicial de ADICAE, en sus Fundamentos de Derecho, en el ap. " A) *Requisitos de carácter jurídico-material*", señala bajo su primer epígrafe, titulado " *acción ejercitada*", que " **Según se desprende de los hechos expuestos, la acción que se ejercita con la presente Demanda es EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES (CLÁUSULAS "SUELO" HIPOTECARIAS - DENOMINADAS "FLOOR"-), DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE DICHAS CLÁUSULAS POR ABUSIVAS, DE NULIDAD CONTRACTUAL DE DICHAS CLÁUSULAS Y AQUELLAS CONEXAS CON LAS MISMAS Y DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**, Se solicita la acción de cesación de la cláusula suelo respecto de todas las entidades financieras demandadas" (énfasis del original). Todo ello con reproducción literal del art. 12 LCGC en dicha demanda, y acto seguido de la anterior reseña.

Incluso antes, en tal escrito de demanda, se indicaba, en el ap. de " *requisitos de carácter procesal*", y sobre la legitimación que " *Se hallan LEGITIMADOS ACTIVAMENTE Para promover la presente demanda nuestra patrocinada, en cuanto asociación de consumidores y nuestros mandantes en cuanto perjudicados directamente por la actuación de la parte demandada*", de donde se deduce que los particulares son traídos al proceso por la asociación de consumidores en calidad de meros perjudicados, en los términos del art. 12.2, pf. 2º, LCGC.



El propio escrito de impugnación de BANKIA recuerda que solicitadas aclaraciones y precisiones por la Juez *a quo* a ADICAE sobre su demanda, por ésta se reiteró que " *la acción ejercitada por Adicae (páginas 413 y 414 de la demanda) es la de CESACIÓN en base al artículo 12 LCGC (...) Así mismo se ejercita la acción correlativa recogida en el artículo 12.2 párrafo 2º LCGC de devolución de las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula. Por tanto no se ejercitan acciones individuales del artículo 8 de la LCGC*". Igualmente, en dicha aclaración, relaciona a los particulares traídos al proceso como intervinientes del art. 15 LEC.

**(148).**- Lo anterior no deja lugar a dudas sobre la acción ejercitada, constitutiva del objeto del presente proceso. Pero es que, además, lo que BANKIA SA pretende en su impugnación es atacar la Sentencia por no haber individualizado a qué personas debía afectar su Fallo sobre la falta de transparencia de las cláusulas suelo, lo que estima defectuoso, pero sin aportar en cambio argumentos impugnatorios contra los fundamentos de la citada Sentencia donde identifica específicamente la acción ejercitada y fija la condición de intervinientes de los consumidores traídos al proceso.

Así, el en FJ 1º de la Sentencia se deja establecido que la acción ejercitada es una colectiva de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, a la que se adiciona la de restitución de las cantidades cobradas por aplicación del tipo de cláusula objeto de petición de nulidad. Y en el extenso FJ 4º, la Sentencia recurrida examina pormenorizadamente la condición de los particulares presentes en el proceso, dadas las alegaciones hechas por alguna entidad bancaria, BANCO SABADELL SA. En tal fundamento, tras exponer la doctrina legal sobre la legitimación e intervención en los procesos tramitados por ejercicio de acciones colectivas, se concluye en el ap. 4.3 que, de acuerdo con lo fijado en Auto de fecha 21 de mayo de 2015, los consumidores presentes en el proceso son intervinientes en la acción colectiva promovida por ADICAE, en defensa de las pretensiones ejercitadas por su litisconsorte. Termina por señala que, aún cuando hubieran estado legitimados para ejercitar acciones individuales, lo cierto es que no lo han hecho en este caso, y su papel es de intervinientes. A una conclusión similar llega la Sentencia de la primera instancia sobre los particulares llegados al proceso tras otros llamamientos, ap. 4.4, a los que se aplica la figura de la intervención adhesiva simple, sin que tengan una posición autónoma en el procedimiento, sino que comparecen para reforzar la posición del demandante, defendiendo con ello al mismo tiempo su propio interés.

Por tanto, no es posible tachar de desacertado el Fallo de la Sentencia por no discriminar entre contratantes afectados por la nulidad del tipo de cláusula, sin antes combatir, al menos, las conclusiones de tal Sentencia donde fija que no existen acciones individuales entabladas, ni como aglomeración de las mismas, ni acumuladas a la acción colectiva. No se aportan por BANKIA SA ninguna clase de alegaciones frente a los FFJJ 1º y 4º de la Sentencia de la primera instancia, con los que hacer una labor de revisión en segunda instancia.

**(149).**- Así, una vez fijado que lo ejercitado en este proceso es una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, y no una mera acumulación de múltiples acciones individuales, no es posible concluir, como hace la impugnación de BANKIA SA, que el Fallo de la Sentencia recurrida sea erróneo por la razón de no haber discriminado entre las situaciones jurídico-individuales que afectaban, supuestamente para la impugnante, a cada acción individual, ya que no se ejercitan tales. Esto basta por sí para desestimar la impugnación formulada.

**(150).**- Y ni aun trayendo, a los meros efectos dialécticos y con la finalidad de cerrar el debate, aquel reproche de la impugnación de BANKIA SA a la sede de enjuiciamiento propia de este litigio, la acción colectiva de cesación, su contenido resulta asumible.

Así, no es relevante que algunos de los intervinientes en el proceso pudieran carecer del carácter de consumidores, en los términos del art. 3 TRLGDCyU, en cuanto a la fijación de la extensión de efectos de la sentencia estimatoria, ya que la acción colectiva única y exclusivamente puede ser ejercita por las asociaciones de consumidores en defensa de los intereses de las personas que tengan dicho rasgo de consumidores, ya que solo a ello alcanza su legitimación, arts. 16.3 LCGC y 11.1 LEC. Por tanto, no es necesario que el fallo indique que la declaración de nulidad y orden de cesación solo se extiende a contratantes que ameriten dicha condición de consumidor, ya que ello está insito de por sí en el objeto de este tipo de acción.

Dado que se ejercita una acción colectiva de condiciones generales de la contratación para la observación en abstracto, por tanto, del control de transparencia, lo relevante es el comportamiento estándar mantenido por la entidad bancaria para dotar de transparencia el alcance obligacional de la cláusula suelo. Por ello, la actuación de otros terceros en los que BANKIA SA pretende hacer descansar el deber de informar de aquella transcendencia prestacional del pacto, notarios, promotores inmobiliarios cedentes del crédito, administradores concursales respecto de cesiones hechas de inmuebles y créditos sujetos a concursos..., no es en absoluto relevante a tal fin, ya que no se refiere a la actuación de la propia entidad. Por cierto, y ello obviando la jurisprudencia sobre el deber de informar al consumidor por parte de la entidad de crédito que acepta la subrogación de deudor en el préstamo, por todas, *vd. STS nº 643/2017, de 24 de noviembre*,



FJ 5.12, al señalar que " Por tanto, que la redacción de las cláusulas suelo, aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concesión ex novo del préstamo, y que se ampliaran el capital prestado o el plazo de devolución, o que el prestatario pidiera una novación ante su dificultad para afrontar el préstamo y se ampliara el plazo de devolución (de treinta a cuarenta años) y se estableciera un periodo de cuatro años de carencia en la amortización de capital ante las dificultades económicas por las que pasaba el prestatario, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo".

En cuanto a los alegados supuestos de negociación individual de la cláusula, debe recordarse que lo aquí enjuiciado es la transparencia, en abstracto, de pactos que constituyan verdaderas condiciones generales de la contratación, en los términos del art. 1.1 LCGC. Por tanto, lo relevante es el patrón estandarizado de la entidad de crédito respecto de la transparencia de pactos que constituyan tales condiciones generales de la contratación, y a ello alcanza el Fallo de la resolución, no a la individualización de situaciones donde la estipulación pudiera no ser verdaderamente una condición general.

Finalmente, tampoco puede reprocharse al fallo dictado en resolución de la acción colectiva de cesación, el no discriminar entre subconjuntos de grupos de consumidores, determinados por circunstancias objetivas concurrentes a ellos, ya que, como se ha expuesto varias veces en esa sentencia de apelación, ello no resulta conforme con la naturaleza del control abstracto del filtro de transparencia, que toma como canon de análisis, la figura de consumidor medio, concepto normativo general.

#### **XXVI.- Impugnación de sentencia formulada por LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA .**

##### **Motivo primero (procesal): infracción del derecho a la práctica de la prueba.**

(151).- *Formulación del motivo.* Indica la impugnación de sentencia que el control de transparencia de la denominada cláusula suelo únicamente procede atendiendo al caso concreto de cada consumidor y de cada contratación, y sobre la base de si ese consumidor recibió o no la información suficiente, ya que no cabe el control abstracto del filtro de transparencia. Respecto de ello, añade, habrían de ser fijados los hechos controvertidos, y sobre tal objeto era procedente la prueba propuesta por LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA, como el interrogatorio de la parte actora, o prueba destinadas a acreditar las previas conversaciones entre las partes contratantes. De ello deriva, concluye, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte.

(152).- *Valoración del tribunal.* Ya se ha señalado en esta sentencia de apelación, varias veces, que la respuesta legal habilitada para la denegación indebida de prueba en la primera instancia no es la nulidad de actuaciones procesales, sino la posibilidad de nueva propuesta de los medios denegados, para su práctica en la segunda instancia, art. 460.2 LEC.

Por lo demás, la impugnación de LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA no alegan que la indefensión que se dice sufrida provenga de datos distintos de la pura denegación de la prueba propuesta por la Juez a quo, al entenderla improcedente, de acuerdo con lo que es objeto del presente litigio, en los términos de los arts. 281 y 283 LEC. Es decir, la alegación se ajusta perfectamente al supuesto de propuesta de prueba para segunda instancia, art. 460.2.2ª LEC, sin que exista alegación alguna que permita transcender de dicho plano, a otro más relevante que permitiese alcanzar el efecto de la nulidad de actuaciones.

##### **Motivo segundo (procesal): infracción de la preclusión de hechos, mutación de demanda e incongruencia de sentencia.**

(153).- *Exposición del motivo.* Se alega acto seguido la infracción de garantías procesal derivadas de haber permitido a ADICAE la aportación de las cláusulas objeto de ataque por su parte hasta el acto mismo de celebración de la Audiencia Previa, ya que antes no había concretado a qué cláusulas se refería, y no las aportó con su demanda. A juicio de LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA ello supone una mutación del objeto de la demanda, por infringir la preclusión de alegación de hechos, y una clara incongruencia de la sentencia.

(154).- *Valoración del tribunal.* Resulta un tanto confusa esta alegación, al entremezclar elementos de diferentes instituciones jurídico-procesales. Así, una cosa es que en la conformación del objeto del proceso se hayan podido incurrir en irregularidades, pero si como resultado de las mismas, la resolución definitiva responde al objeto del litigio en la forma que resulta de aquella conformación, no puede existir incongruencia procesal de tal resolución, art. 218.1 LEC, sino que el reproche habría de basarse en otras cuestiones.



Dejando aparte tal defecto de planteamiento, lo cierto es que la impugnación de LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA ni alega o argumenta sobre la causación de indefensión de las supuestas infracciones, sin pedir siquiera por esta causa la nulidad de actuaciones, ni es cierto que las mismas hayan existido. Al no alegar o justificar indefensión por esta causa que pudiera conllevar la nulidad de actuaciones, arts. 238.1.3ª LOPJ y 225.1.3ª LEC, el examen en segunda instancia de la infracción procesal alegada, respecto a la resolución definitiva de fondo, resultaría falta de eficacia práctica.

Pero, de manera fundamental y para analizar la cuestión planteada, no se ha infringido la preclusión de alegación de hechos ni ha existido mutación de la demanda. En el escrito promotor del litigio formulado por ADICAE ya se señalaba con claridad cuál era el objeto de tal demanda, la cláusula tipo según la cual se limitan las fluctuaciones a la baja del tipo de interés remuneratorio variable pactado en préstamos hipotecarios firmados con consumidores, conocida en la práctica bancaria como cláusula suelo, y referida a cada una de las entidades demandadas. Por lo demás, se adjuntaba ya una ingente documentación contractual, donde se contenía tal tipo de cláusula, referida en documentos contractuales de cada una de tales entidades. No existe pues una nueva alegación de hechos distintos una vez contestadas las demandas, que impliquen una alteración de dicha demanda de ADICAE. Es decir, no se pasan a incluir ni nuevos tipos de cláusulas distintas de la indicada, ni hechos diversos que concurran a sustentar la pretensión de nulidad de este tipo de cláusula, identificada desde el inicio de litigio, por lo que ni se alegan hechos nuevos fuera de los plazos para ello, art. 401.2 LEC, ni existe alteración de la demanda, art. 412.1 LEC. Lo único que existe es la aportación de nuevos contratos ejemplificativos del uso hecho de la misma cláusula.

**Motivo tercero (procesal): defecto en el modo de proponer la demanda, por la indeterminación subjetiva y objetiva de su ámbito.**

(155).- *Presentación del motivo.* Sostiene la impugnación de sentencia que la demanda de ADICAE se presentó de forma caótica y anárquica, con un aluvión desordenado de demandados, demandantes, acciones, de suerte que no es posible una adecuada fijación de la extensión del litigio como para poder contestar adecuadamente a la demanda. Con ello, continúa, no es posible conocer quienes son los intervinientes a quienes se les reconoce la condición de parte, ni como debe expurgarse la condición de consumidor, ya que incluso aparecen adheridas sociedades mercantiles.

También señala la impugnación que existe una indeterminación objetiva de acciones, ya que hubo de ser el Juzgado quien concretase lo pedido, excediéndose en sus funciones, en el Suplico de la demanda, el cual era difícilmente entendible.

(156).- *Valoración del tribunal.* Ya apuntó la Sentencia apelada las imprecisiones que se apreciaban en la demanda de ADICAE, y precisamente por ello, el Juzgado trató de que tales imprecisiones fueran concretadas y aclaradas, a fin de fijar adecuadamente el objeto del proceso, de acuerdo con lo establecido precisamente en el art. 424 LEC. De hecho, esa progresiva aclaración de la demanda ha tenido por única finalidad ajustar las pretensiones del Suplico al tipo de acción ejercitada, acción colectiva de cesación en materia de condiciones generales de la contratación. De ello, no se aprecia infracción procesal alguna ni exceso en el ejercicio de la jurisdicción.

La cuestión de la indeterminación subjetiva de la extensión de la demanda de ADICAE se plantea en la impugnación de LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA bajo una premisa distorsionada, la cual consiste en considerar que en la demanda se ejercitaban una pluralidad de acciones individuales, que constituían a los particulares en partes actoras del proceso. No es así, tal cual se ha concretado a lo largo del proceso y en la Sentencia de la primera instancia. Esos particulares tienen la consideración de intervinientes en el proceso, conforme al art. 13.1 LEC. Lo que no puede desconocerse es que la intervención procesal, una vez admitida, otorga legalmente a tales intervinientes una amplitud de actuación procesal asimilable a la propia de la condición de parte, art. 13.3 LEC, con las facultades a ello aparejadas, sin perjuicio de los personados tras el llamamiento hecho judicialmente, art. 15.3 LEC, con su posición de meros interesados en la extensión de efectos de la resolución, art. 221 y 559 LEC. Pero ello no permite en absoluto desviar la perspectiva de aquello que exclusivamente da objeto al proceso, la acción colectiva de cesación, cuya legitimación corresponde solo, a estos efectos, a las asociaciones de consumidores y usuarios, con exclusión de los particulares. No hay pues indeterminación subjetiva de ninguna clase.

**Motivo tercero (procesal): indebida acumulación de acciones, subjetiva y objetiva.**

(157).- *Exposición del motivo.* Señala la impugnación que ADICAE no ha hecho un ejercicio prudente ni proporcionado del derecho a demandar, al incorporar a su demanda a más de 9.000 particulares y dirigirse contra 101 entidades bancarias. Tal actuación, indica, es un abuso de derecho y contraria a la buena fe.



Por otro lado, expone, no resulta acumulable objetivamente la acción de cesación con las acciones individuales, ni con la acción de enriquecimiento injusto.

(158).- *Valoración del tribunal.* A lo largo de esta resolución ya se ha respondido en varias ocasiones la objeción sobre la indebida acumulación de acciones, objetiva y subjetiva, tanto en lo tocante a su eficacia práctica en cuanto a su invocación como motivo autónomo de impugnación de la resolución de fondo, como en lo relativo a la imposibilidad de admitir su concurrencia en este concreto litigio, como se ha expuesto en los FFJJ (35), (92) y (96) de esta resolución, que se dan aquí por íntegramente reproducidos.

**Motivo cuarto (sustantivo): abuso de derecho y fraude procesal en la interposición de la demanda.**

(159).- *Formulación del motivo.* La impugnación de sentencia formulada por LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA señala que la presentación de la demanda por ADICAE le ha provocado daños, con pérdida del " *derecho a un pleito prudente y ágil*". Y todo ello, añade, con el fin de obtener realmente la proscripción de la cláusula suelo que no pudo lograr en sede parlamentaria, cuando se rechazó la reforma legislativa en tal sentido, intento que además afecta a la estabilidad del sistema financiero español. Estima que, si bien ADICAE tenía derecho a demandar, la forma concreta en que lo ha hecho supone un claro abuso de tal derecho, desproporcionado.

(160).- *Valoración del tribunal.* El hecho de que la asociación de consumidores promotora de la demanda hubiera intentado tutelar lo que, a su juicio, con o sin acierto, eran los intereses de los consumidores por otras vías, no demuestra que la acción colectiva haya sido entablada con fraude de ley. De hecho, no es posible determinar cuál sería la norma defraudada por la presentación de esta demanda, en los términos exigidos en el art. 6.4 CC.

Por otra parte, en cuanto al abuso de derecho, art. 7.2 CC, lo cierto es que el sistema de acciones colectivas, *class action*, se articula en el Ordenamiento justamente para dar una respuesta general, a través de un único instrumento procesal, a toda una enorme pluralidad de situaciones individuales dispersas y atomizadas, que muy difícilmente encontrarían respuesta si se abandonasen tan solo a la iniciativa personal de los afectados, vd. arts. 53 y ss. TRLGDCyU. Por ello, la legitimación para su ejercicio se encomienda a unas organizaciones especiales, legalmente constituidas como asociaciones de consumidores y usuarios. Cuando tales acciones colectivas son específicamente de condiciones generales de la contratación, en particular, la de cesación, art. 12.1 LCGC, su finalidad es la posibilidad de eliminar de una sola vez, por la vía de trámite de un único litigio, y en forma sumaria, vía Juicio Verbal, aquellas condiciones generales que se consideren abusivas, a favor de todas las dispersas y plurales situaciones individuales de cada consumidor o usuario, por vasto que sea el grupo de afectados. Desde tal perspectiva, no puede predicarse abuso de derecho en la forma de ejercicio de la acción colectiva realizada por ADICAE.

Quizás, no obstante, si merezca una reflexión de futuro. Dicha ventaja procesal de las acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación, parece más bien conectarse con el expurgo de tales condiciones generales cuando resulte nulas por el control de contenido típicamente basado en el examen de abusividad, de los arts. 8.2 LCGC y 82.1 TRLGDCyU. En tal ámbito, basta con identificar en el tráfico jurídico el tipo de cláusula en cuestión, con calificar su naturaleza de condición general de la contratación, y, acto seguido, aplicar el control de abusividad sobre su contenido, todo ello perfectamente compatible con el examen abstracto, propio de esta clase de litigios.

Pero cuando se trata del control de transparencia la perspectiva fáctica no es igual, y el control abstracto queda necesariamente forzado. Para aplicar tal control de transparencia es necesario examinar, no cada situación de cada contratante y cada relación jurídica singular (ello solo es propio de las acciones individuales), sino cuál ha sido la concreta praxis estandarizada de cada predisponente en su sistema de contratación para dotar de transparencia el efecto económico de la inclusión de esa cláusula. Por tanto, se ha de atender a distintas situaciones de hecho referidas a distintos predisponentes, cada uno con sus particulares circunstancias. Ello hace que el englobamiento de todas esas diferentes prácticas habituales de cada uno de los predisponentes no pueda ser examinada con la misma abstracción general, de modo lineal, que existía en los procesos colectivos seguidos por abusividad intrínseca de contenido del pacto. Es decir, el objeto de análisis se dispersa en una pluralidad de hechos diferentes, y cuyo enjuiciamiento pudiera ser más ordenado, sereno y profundo en litigios separados. Quizás, en el futuro, cuando se ejerciten acciones colectivas de cesación basadas en el control de transparencia, este matiz pudiera justificar un control y una controversia más específica al inicio del proceso, ya para su admisión, ya para su depuración.

Por último, debe recordarse que la demanda de ADICAE en un principio, aun de forma muy amalgamada y algo confusa, invocaba como causa de nulidad del tipo de cláusula atacada, la suelo, también su abusividad intrínseca, por lo que su admisión y tramitación en la forma propuesta se presentaba como irremisible en los



términos antes expuestos para acciones colectivas de cesación por abusividad pura, esto es, por equilibrio interno del pacto en derechos y deberes.

**Motivo quinto: infracción de la doctrina sobre el control de transparencia, superación de tal filtro y error en la valoración de la prueba.**

(161).- *Contenido del motivo.* Considera el tribunal que es conveniente agrupar lo que la impugnación presenta como diferentes motivos de recurso, pero que realmente son argumentos orientados todos ellos a atacar la valoración de las cláusulas de estas entidades bancarias hecha por la Sentencia de la primera instancia. Por ello, tienen un eje común, cuya respuesta en apelación resulta más coherente tratar aquellos como constitutivos de un único motivo, siempre respetando la integridad argumental de los mismos.

En tal sentido, la impugnación de LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA señala que (i).- las cláusulas empleadas por las entidades demandadas y sus absorbidas, Cajastur, Caja de Ahorros de Extremadura, y Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, supera el control de inclusión, de acuerdo con los criterios de la normativa sectorial, dada su redacción sencilla y comprensible; (ii).- si bien es cierto que la Sentencia recurrida señala que la transparencia reforzada es otra cosa, lo cierto es que la lectura de las cláusulas implicaba entender su significado económico patrimonial en el contrato, y no puede admitirse aquella incorporación para negarse luego la transparencia; (iii).- en tal sentido, la Sentencia no explica ni justifica por qué estima que concurre la falta de transparencia, y se limita a aplicar mecánicamente la doctrina de la STS nº 241/2013; (iv).- la Sentencia parte de unas premisas erróneas, al entender que existen en el litigio hechos no controvertidos sobre la información personal aportada a los consumidores, en cuanto a la evolución de los tipos de interés, el coste comparativo del contrato, o la esencialidad de la cláusula, y con ello, esa resolución llega a conclusiones con una prueba limitada al respecto de tales hechos; (v).- e incluso así, yerra en la valoración de tales medios de prueba, ya que no existe motivación individualizada sobre por qué considera o no transparentes las cláusulas, lo que debe hacerse atendiendo a las circunstancias del caso concreto sobre la comprensibilidad de la cláusula misma.

(162).- *Valoración del tribunal.* Baste recordar aquí que a lo largo de esta sentencia de apelación ya se ha expresado cuáles son los elementos que deben constituir los criterios de enjuiciamiento del control de transparencia, cuando se produce su aplicación en abstracto, dentro del litigio promovido por acciones colectivas, y su diferencia con el alcance de ese mismo examen de transparencia, pero aplicado en acciones individuales. Y pese al distinto alcance que presenta tal control de transparencia en cada uno de esos dos ámbitos, abstracto frente a singular, lo cierto es que tal control en ambos casos ha de seguir presentando una exigencia distinta que la requerida para el control de inclusión o incorporación, arts. 5 y 7 LCGC. Desde luego, la diferencia requerida entre control de transparencia y control de inclusión es también distinta, lógicamente, cuanto se observa dicho filtro en acciones colectivas respecto a individuales, pero sin llegar a desaparecer en ningún caso.

Por tal razón, la alegación de la impugnación de LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA sobre la comprensibilidad gramatical, la claridad de los términos lingüísticos de la redacción de la cláusula, ha de ser considerada como relativa al puro control de incorporación. Una vez más en esta resolución, ha de recordarse que el filtro de transparencia exige un plus, aun en el ámbito del control abstracto, cual es que la práctica habitual en la contratación observada por la entidad bancaria dote de evidencia para el consumidor medio, no ya de la existencia del pacto, sino sus efectos económicos para los débitos futuros del prestatario, al menos con un alcance similar a los demás elementos del objeto principal del contrato implicados en la determinación del coste o precio de dicho contrato. Y sobre todo, que más allá de las exigencias de la posible normativa sectorial aplicable, no se aprecie una actuación apta para el enmascaramiento de aquellos efectos prestacionales, frente al consumidor medio.

Por lo demás, la Sentencia de la primera instancia no carece de motivación, como se dice en la impugnación, sino que explica y justifica cuáles han sido sus criterios de juicio, al invocar los criterios de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, y aplicarlos a todas y cada una de las entidades bancarias afectadas, sobre el uso de la denominada cláusula suelo. Extremo distinto es que se pueda o no compartir por las recurrentes lo acertado del criterio.

Finalmente, también se señalado ya en esta resolución que, según la jurisprudencia, la apreciación de la falta de transparencia sobre la cláusula suelo, dado su contenido, conduce a su declaración directa de nulidad.

(163).- En cuanto al examen de transparencia de tales cláusulas, de acuerdo con el alcance, significado y extensión del control de transparencia en el ámbito de las acciones colectivas, en abstracto, que ha sido expuesto en esta resolución de apelación, ha de señalarse lo siguiente:



1º.- En cuanto al uso de las cláusulas por *LIBERBANK SA, Cajastur y Caja de Ahorros de Santander y Cantabria*, la impugnación reproduce sustancialmente la valoración hecha en la propia Sentencia de la primera instancia, y con ello se limita a resaltar los rasgos propios que impone respetar la normativa sectorial bancaria propios del control de incorporación. En particular, se trata de las características fijadas en la OM de 5 de mayo de 1994.

2º.- No obstante, en el caso de *Caja de Ahorros de Extremadura* concurren unas circunstancias diferenciales del mero cumplimiento de la normativa sectorial, relacionada con el control de incorporación. Es llamativo que el FJ 10º, ap. 10.1.2, de la propia Sentencia recurrida reconozca expresamente que la presentación de esta cláusula, a diferencia de las estipulaciones de las otras entidades de este grupo, otorga la misma relevancia al pacto de acotación a la baja del tipo de interés variable que la ofrecida para los restantes tres elementos de la cláusula dedicada específicamente a la " *Variación de Tipo de Interés*". Se presenta dicha cláusula en el Punto 3º de la estipulación dedicada a la fijación del tipo de interés, bajo la rúbrica " *Límites a la Variación del Tipo de Interés*", y se señala que " *con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable: Tipo Máximo de Interés: 12% nominal anual; Tipo Mínimo de Interés: 4,75% nominal anual.*"

Es decir, aparece ubicada justamente como un elemento más para la fijación del interés variable, entendido como coste financiero del contrato de préstamo, en el mismo plano de relevancia para su cálculo que el tipo de referencia a usar, su sustitutivo, el diferencial aplicable, o el periodo de revisión. No se relega, por tanto, el pacto de suelo a otra cláusula o apartado del contrato, sino que cuenta con una numeración propia y un apartado independiente, pero dentro del mismo y único pacto, bajo la intitulación común del interés variable, lo que coloca dicha previsión contractual, a la vista del consumidor medio, en un nivel de evidencia e importancia igual a los otros elementos fundamentales para la fijación del precio del contrato, lo que permite hacerse una cabal idea de que su importancia para ese fin, calcular el coste del contrato para el consumidor, no es menor que de los demás elementos, índice de referencia elegido y su diferencial. Esas circunstancias, contempladas en sí mismas, bien podría ser consideradas una práctica contractual reveladora de un esfuerzo suficiente para evitar el oscurecimiento de las consecuencias prestacionales de la inclusión de tal pacto de suelo. Pero pese a ello, esta entidad presenta la cláusula suelo junto con el pacto de techo, limitador al alza de la variabilidad de tipo de interés, lo que ha sido precisamente valorado por la jurisprudencia como un comportamiento apto para oscurecer la comprensión de los efectos prestacionales de dicha cláusula, al desviar la atención del consumidor medio hacia la aparente protección a su favor que pueda provenir de aquel tope máximo, razón esta que impide esquivar la conclusión de nulidad acogida en la Sentencia apelada.

**Motivo sexto: inexistencia del efecto retroactivo de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia.**

(164).- *Formulación del motivo.* La impugnación formulada por *LIBERBANK SA* y *BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA* señala que no puede otorgarse para esa parte ninguna clase de efecto retroactivo a la doctrina fijada desde la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, sobre la transparencia de la cláusula suelo, ya que en tal fecha, esta parte estaba incurso en el presente proceso, y por ello no cabe aplicar la pérdida de la buena fe que indica la STS de 25 de marzo de 2015, exigencia siempre respetada por estas impugnantes en sus contratos.

(165).- *Valoración del tribunal.* Como se ha señalado ya en varias ocasiones, los términos en los que la impugnación de *LIBERBANK SA* y *BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA* ubica la controversia acerca del efecto restitutivo de la nulidad de la cláusula suelo están completamente superados por la doctrina fijada definitivamente a través de la doctrina sentada por la *STJUE (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016*, pronunciada en contestación a las cuestiones prejudiciales planteadas por diversos órganos judiciales españoles (asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15), la ha declarado que la restricción de los efectos de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo es contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, e indica que " *En consecuencia, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales declarando que : "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*". En estos términos, la restitución no depende de la buena o mala fe de la entidad perceptora, sino de la ineficacia radical de la cláusula contractual que permitía la percepción de determinadas cantidades, que deja sin causa de atribución patrimonial las sumas recibidas.

**XXVII.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA .**

**Motivo primero (procesal): indebida acumulación subjetiva de acciones.**

(166).- *Articulación del motivo.* Señala esta parte apelante que el art. 17.4 LCGC permite la acumulación de acciones frente a condiciones generales de la contratación que tengan idéntico contenido, esto es, sean iguales. Pero frente a ello, expone, la demanda de ADICAE ha dirigido la acción colectiva contra estipulaciones que no son iguales, esto es, no son idénticas, lo que evita poder dirigir la acción contra pactos simplemente similares. Además, continúa, no existe identidad de hechos entra cada entidad bancaria demandada, como se exige en el art. 72 LEC, donde se exigiría un análisis de cada uno de los prestatarios, con sus circunstancias personales, y de la ubicación, contenido y tipografía de cada una de las cláusulas empeladas por las distintas entidades.

(167).- *Valoración del tribunal.* Esta cuestión aparece ya tratada en esta resolución. Ya se ha indicado que para la identificación de la cláusula en cuestión, y a los concretos efectos de aplicar el control de transparencia en sede de acción colectiva, no puede atenderse, en más o en menos, a rasgos meramente internos del pacto que alcanzan verdaderamente a alterar su significado contractual. Es decir, si lo relevante para el control de transparencia es que se evidencien al consumidor las consecuencias prácticas de la inclusión de la cláusula, ello supone que la identificación de tal cláusula se hace por su efecto, la limitación del descenso del tipo de interés variable pactado, no tanto por la cuantificación del suelo mismo, distinto de unas a otras entidades. Con ello, resulta posible la reconocibilidad de la cláusula tipo objeto de demanda en el tráfico jurídico, y por tanto, se cumple la exigencia del art. 17.4 LCGC. De hecho, una argumentación como la aportada por CAJA RURAL CASTILLA-LA MANCHA llevaría a entender que ni siquiera para una misma entidad de crédito existe como condición general identificable tal cláusula, ya que ésta podría variar la cuantía del suelo fijado de unos contratos a otros, y tampoco se podría predicar, entonces, que son idénticas. Este absurdo lógico permite revelar lo inasumible del argumento impugnatorio.

En cuanto a la falta de identidad de nexos o causa de pedir, en los términos del art. 72 LEC, ya se ha expuesto previamente en esta resolución la interpretación del precepto que se entiende aplicable, en los FFJJ (35) o (92) de esta sentencia, entre otros, razonamientos que se dan aquí por íntegramente reproducidos.

**Motivo segundo (procesal): defecto legal en el modo de proponer la demanda, con indefinición de acciones ejercitadas y mutación de la solicitud.**

(168).- *Formulación del motivo.* El escrito de recurso señala que la demanda de ADICAE era muy defectuosa, hasta el punto no poderse concretar ni saber cuáles eran las acciones realmente ejercitadas por esa parte actora, y que no ha sido sino durante el curso del proceso, ya deducidas las contestaciones a demanda, cuando aquella parte actora ha ido realizando precisiones, inducidas por la Juez *a quo*, sobre el objeto de sus peticiones, con constantes alteraciones de las mismas en momentos donde tal posibilidad había precluido, incluso con presentación tardía de documentos esenciales, como los que recogían la serie de cláusulas atacadas.

(169).- *Valoración del tribunal.* En buena medida, el motivo se formula sobre una premisa equívoca, y es que en el presente litigio pudieran existir acciones individuales acumuladas a la acción colectiva ejercita por ADICAE. Con independencia ahora de si tal acumulación sería legalmente posible, siquiera, lo relevante es que del expurgo del objeto del proceso se concluye con claridad que el objeto del mismo es la acción colectiva de cesación, del art. 12.2 LCGC, dirigida contra el tipo de pacto conocido como cláusula suelo.

Como se ha recordado anteriormente, ya la demanda inicial de ADICAE, en sus Fundamentos de Derecho, en el ap. " A) *Requisitos de carácter jurídico-material*", señala bajo su primer epígrafe, titulado " *acción ejercitada*", que " **Según se desprende de los hechos expuestos, la acción que se ejercita con la presente Demanda es EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES (CLÁUSULAS "SUELO" HIPOTECARIAS - DENOMINADAS "FLOOR"-), DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE DICHAS CLÁUSULAS POR ABUSIVAS, DE NULIDAD CONTRACTUAL DE DICHAS CLÁUSULAS Y AQUELLAS CONEXAS CON LAS MISMAS Y DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**, Se solicita la acción de cesación de la cláusula suelo respecto de todas las entidades financieras demandadas" (énfasis del original). Todo ello con reproducción literal del art. 12 LCGC en dicha demanda, y acto seguido de la anterior reseña.

Incluso antes, en tal escrito de demanda, se indicaba, en el ap. de " *requisitos de carácter procesal*", y sobre la legitimación que " *Se hallan LEGITIMADOS ACTIVAMENTE Para promover la presente demanda nuestra patrocinada, en cuanto asociación de consumidores y nuestros mandantes en cuanto perjudicados directamente por la actuación de la parte demandada*", de donde se deduce que los particulares son traídos al proceso por la asociación de consumidores en calidad de meros perjudicados, en los términos del art. 12.2, pf. 2º, LCGC.

Es más, solicitadas aclaraciones y precisiones por la Juez *a quo* a ADICAE sobre su demanda, por ésta se reiteró que " *la acción ejercitada por Adicae (páginas 413 y 414 de la demanda) es la de CESACIÓN en base*



al artículo 12 LCGC (...) Así mismo se ejercita la acción correlativa recogida en el artículo 12.2 párrafo 2º LCGC de devolución de las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula. Por tanto no se ejercitan acciones individuales del artículo 8 de la LCGC". Igualmente, en dicha aclaración, relaciona a los particulares traídos al proceso como intervinientes del art. 15 LEC.

Por tanto, con más o menos precisión, de la demanda era posible deducir la acción ejercitada, que da objeto al presente proceso y se resuelve en la Sentencia definitiva de la primera instancia, y las precisiones hechas para concretar tal objeto no supone una alteración de la causa de pedir, no se varía nunca el fundamento de nulidad de condiciones generales de la contratación frente a esa estipulación suelo, por lo que se ubican en las actuaciones propias del art. 426 LEC.

**Motivo tercero (procesal): nulidad de actuaciones por infracción de garantías procesales en materia probatoria.**

(170).- *Exposición del motivo.* Indica el recurso de CAJA RURAL CASTILLA-LA MANCHA que la Juez a quo denegó los medios de prueba propuestos que no fueran la documental aportada, so pretexto de que la naturaleza de la acción ejercitada, con su control abstracto de las condiciones generales, no admitía otras formas de prueba. Pero, señala, a las entidades de crédito se les reprocha no haber reforzado la transparencia informativa al consumidor sobre sus cláusulas suelo, pero durante el proceso se les ha impedido acceder a los medios de prueba pertinentes para acreditar la información dada a cada consumidor, y en su caso, sobre otros extremos relevantes, como la negociación de ciertas cláusulas, o la condición de profesionales de ciertos prestatarios. Con ello, concluye el recurso, se impide aplicar el control de transparencia con atención a las concretas circunstancias de cada caso, distinguiendo entre contratos y contratantes diversos, lo que genera una indefensión para la parte, provocada por el rechazo irrazonable de la prueba propuesta.

(171).- *Valoración del tribunal.* Como se ha indicado con anterioridad cuál es la respuesta que generalmente merece la alegación de denegación de prueba en la primera instancia, aducida como motivo autónomo de recurso de apelación contra la resolución de fondo. En particular, se ha aclarado el fundamento de su falta de virtualidad como causa de nulidad de actuaciones, arts. 238 LOPJ y 225 LEC, dado que su tratamiento legal es el de dispensar a las partes, la oportunidad de su propuesta y práctica en la segunda instancia, art. 460 LEC.

Es cierto que la denegación de acceso a prueba en la primera instancia puede tener una relevancia que sobrepase el mero remedio legal de su propuesta y práctica en vía de apelación, art. 460 LEC. Ello se da, con total excepcionalidad, cuando tal rechazo pasa a tener una incidencia en el derecho a tutela judicial efectiva, por generar indefensión a la parte y convertir el derecho al proceso en doble instancia en una mera figuración formal, en cuanto a la integración de los elementos fácticos del litigio, cuando el Juez *a quo* ha prescindido por completo de toda práctica de prueba y ha utilizado para ello, formal o materialmente, unos criterios ajenos en todo punto a los de relevancia y pertinencia de prueba, de los arts. 281 y 283 LEC. Pero tan absolutamente excepcional es esa doctrina, que la jurisprudencia rechaza sistemáticamente tal nulidad cuando la parte tiene oportunidad de proponer en segunda instancia esos medios inadmitidos de prueba, vd. STS nº 139/2014, de 12 de marzo, FJ 3º. Y sobre tales extremos, y valoración de los criterios de pertinencia de prueba, se ha de remitir a CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA a lo resuelto por este tribunal de apelación en el Auto de examen de propuesta de prueba en segunda instancia, y en el Auto que resolvió la reposición frente al anterior, cuyos razonamientos se dan aquí por íntegramente reproducidos.

**Motivo cuarto (sustantivo): infracción del verdadero contenido del control de transparencia, por desatención de las circunstancias de cada contrato.**

(172).- *Formulación del motivo.* Sostiene el recurso de apelación que la Sentencia de la primera instancia yerra al entender como absolutamente abstracto el control de transparencia, cuando no es así. Dicho tipo de control, señala, tiene que hacerse atendiendo a las concretas circunstancias de cada contrato, de cada curso de contratación y de cada consumidor, concurrentes al caso. No puede desentenderse este control, afirma, de la precisa comprensión de la cláusula por cada contratante.

(173).- *Valoración del tribunal.* Es una constante argumental de esta resolución explicar que entiende el tribunal por contenido del control de transparencia que es susceptible de ser aplicado en litigio derivado del ejercicio de acciones colectivas, en abstracto, y sobre todo, cuál es su esencial diferencia cuando dicho control se aplica en el seno de acciones individuales. Con ello, se ha tratado de dejar claro que la observación a través de ese mismo control tiene un diferente objeto en cada uno de esos dos casos. Mientras que en la acción individual efectivamente se atiende tanto al desarrollo de los trámites precontractuales entre las partes, como al momento de formalización del contrato, e incluso a las circunstancias que puedan concurrir en concreto consumidor afectado; en sede de acciones colectivas lo examinado es la pauta habitual de contratación observada por la entidad de crédito, frente al consumidor medio, como figura que conforma un canon de valoración normativa.



Sobre el fundamento y alcance de tales diferencias se ha de remitir a la parte recurrente a lo expuesto con detalle a lo largo de esta sentencia, en particular, a sus FFJJ (6) a (13), entre otros, los que se dan aquí por enteramente reproducidos, para rechazar el motivo.

**Motivo quinto: negación del carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas suelo empleadas por la entidad.**

(174).- *Planteamiento del motivo.* Debe señalarse que en este motivo de recurso, la parte apelante, CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA, se refiere también a la superación del control de incorporación, pero se estima por el tribunal que la argumentación de dicha alegación resulta de un análisis más coherente y sistemático ubicada en el motivo siguiente de recurso.

Lo que ahora se plantea por la apelante es que de la prueba practicada en autos no puede concluirse en modo alguno que las estipulaciones aportadas por ADICAE sean condiciones generales de la contratación, ya que de hecho constituye un elemento esencial del contrato, son un pacto fundamental de tal contrato, pues. Por ello, señala, no puede considerarse impuestas por parte predisponente alguna.

(175).- *Valoración del tribunal.* De entrada, el hecho de que lo regulado en un pacto sea aquello que la doctrina de Derecho de consumo califique como elemento del objeto principal del contrato, esto es, fije el precio o el modo en que se determine la cantidad, calidad o cualidad de las prestaciones, no excluye que pueda ser condición general de la contratación, por ese solo hecho. Así, cabe reconocer la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas para la regulación consensual de elementos esenciales del contrato, como la medida de las contraprestaciones obligacionales de cada parte contractual, al no excluirse de su definición antes señalada. Debe recordarse que la STS nº 241/ 2013, de 9 de mayo aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y no por el elemento al que se refieren.

En segundo lugar, en cuanto a la afirmación de que de los autos no resulta prueba sobre el carácter de condición general de la contratación de este tipo de estipulación, ha de señalarse que de acuerdo con el enorme volumen de contratos en los que aparece sistemáticamente este tipo de cláusula, sin ir más allá, los varios miles adjuntados a este pleito, es posible predicar la notoriedad y evidencia fáctica sobre la naturaleza de condición general de la contratación de este tipo de cláusula, dentro de la contratación seriada y continua del sector bancario, como señala la STS nº 222/2015, de 29 de abril , FJ 7.4, al razonar que:

*" 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".*

**Motivo sexto: superación del control de comprensibilidad y error en la valoración de la prueba.**



(176).- *Presentación del motivo.* En el recurso de apelación de CAJA RURAL CASTILLA-LA MANCHA se indica que, fuera como fuera que se entienda el alcance del control de transparencia, la Sentencia recurrida yerra al valorar la prueba sobre dicho control sobre las cláusulas del litigio, ya que debería entender que las mismas superan tal filtro. En tal sentido expone que (i).- la cláusulas utilizadas por esta entidad superan el control de incorporación, por cumplimiento de la normativa sectorial bancaria aplicable, incluso marcadas en letra negrita sus elementos fundamentales, como la cuantía del suelo; (ii).- de hecho, la Sentencia incurre en contradicciones, ya que admite que las cláusulas son perfectamente comprensibles y claras; (iii).- pero incluso más allá de tal comprensibilidad, consta con fuerza de documento público, de eficacia probatoria *erga omnes*, que los notarios autorizantes advirtieron del contenido de la escritura pública que recoge el contrato, incluida la cláusula en cuestión, extremo que no puede ponerse en duda, ya que está bajo fe pública notarial; (iv).- dicha advertencia notarial sobre la cláusula, se ha de unir a la claridad y comprensibilidad de la misma, como elementos de valoración; (v).- de hecho, tales notarios dejan constancia del consentimiento emitido por los contratantes para la celebración del contrato y de la previa lectura del documento efectuada por el propio notario autorizante y, en muchos casos, de las explicaciones dadas.

(177).- *Valoración del tribunal.* Debe señalarse que la actividad revisora de apelación se ha de realizar por el tribunal *ad quem* con la argumentación impugnatoria que sea aportada por las partes recurrentes, frente a la contenida en la resolución de la primera instancia. Y debe también recordarse que, en materia de control de condiciones generales de la contratación, el análisis que de oficio pueda darse lo es para la expulsión de cláusulas nulas por abusivas, que generen perjuicio a los consumidores, pero no para aportar dicha valoración de oficio respecto de argumentos cuya virtualidad no fuera la de lograr tal finalidad tuitiva del consumidor. Respecto de ellos, debe ajustarse el tribunal al principio de alegación y aportación de parte.

Sentado lo anterior, ha de señalarse que nada de la argumentación aportada en el recurso de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA tiene virtualidad alguna para enervar las conclusiones alcanzadas por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de transparencia apreciada. No la tiene porque las circunstancias afirmadas no guardan relación directa con el control de transparencia que aquí se ejercita.

De un lado, en cuanto a la advertencia notarial, ya se ha dicho que lo observado en este tipo de litigio, por acciones colectivas en materia de filtro de transparencia de condiciones generales de la contratación, es el comportamiento de la entidad bancaria predisponente de la cláusula, el cual no puede quedar suplido, sustituido o enjugado por la remisión a comportamientos de terceros agentes, ya sean notarios, ya promotores inmobiliarios en las subrogaciones de crédito... El hecho de que esos terceros pudieran concurrir a aportar transparencia a la cláusula, no permite proyectar dicho actuar sobre lo que es la infracción de deberes propios de la entidad crédito, referidos precisamente a asegurar tal transparencia por sí misma, evitando cualquier tipo de oscurecimiento del efecto económico obligacional de dicha cláusula para el consumidor. Esto es lo que se valora, no la actuación de esos agentes terceros. Y todo ello, además, con el alcance que la jurisprudencia ha fijado a la actuación de los notarios respecto la falta de superación, por esa sola intervención, del filtro de transparencia. Es decir, no es que no sea cierto que leyeron, advirtieron o explicaron, sino que pese a hacerlo, ello no garantiza la superación de aquel control, vd. *STS n° 593/2017, de 7 de noviembre, FJ 4°.*

Y en segundo lugar, todas las demás alegaciones del recurso ubicables bajo este motivo se relacionan estrictamente con el cumplimiento de las exigencias del control de incorporación, para la inclusión de la condición general del contrato en el ámbito obligacional efectivo del mismo, pero no con el control de transparencia. Así, se hace constante referencia a la claridad y comprensibilidad de la cláusula, o a rasgos gráficos, como el uso de negrita para destacar texto, particularmente ajustados a las previsiones de la normativa sectorial bancaria aplicable. Nada de ello es pues apto para revelar la alegada equivocación de la valoración hecha en la Sentencia recurrida.

**Motivo séptimo: indeterminación en sentencia de los sujetos a los que deba beneficiar el pronunciamiento hecho.**

(178).- *Presentación del motivo.* Señala el recurso que la Sentencia tendría que haber delimitado el perímetro de aplicación de su Fallo, de acuerdo con rasgos de determinados grupos de interesados, ya que de otro modo, lo que se ha hecho es transformar la acción colectiva en otra de intereses difusos, alterando el objeto del litigio. Así, continúa, debió haber fijado tal Sentencia las bases para determinar a quienes se extendía el Fallo estimatorio, en atención a personas que fueran efectivamente consumidores, y a cláusulas que efectivamente fueran intransparentes, y esto con atención a grupos de casos, tales como contratos suscritos tras el año 2009, donde ya era evidente la bajada de tipos de interés, casos de novación o subrogación en préstamos anteriores, préstamos no destinados a la adquisición de vivienda, o contratos celebrados con consumidores especialmente informados, como economistas, abogados, empleados de banca...



**(179).**- *Valoración del tribunal.* De entrada ha de rechazarse el planteamiento terminológico del recurso de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA, al presentar una dicotomía entre acciones colectivas y acciones por intereses difusos. Las acciones colectivas, según la materia jurídica para la que se prevean legalmente, pueden ser interpuestas tanto en defensa de intereses colectivos como de intereses difusos, sin que en ninguno de esos dos casos pierda su naturaleza de acción colectiva, vd. art. 15 LEC, la que viene caracterizada por otras razones diferentes de aquel tipo de interés que se pretenda tutelar.

Aclarado lo anterior, pero algo relacionado con ello, también resulta rechazable la crítica por la falta de aplicación del art. 221 LEC en la Sentencia apelada, en la forma en que se propone por CAJAR RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA. Ha de tenerse presente que acciones colectivas no solo existen en materia de condiciones generales de la contratación, sino también en otros marcos regulativos de protección de consumidores y usuarios, como ocurre con las previstas en el arts. 53 y 54 TRLGDCyU, relativas a prácticas comerciales desleales con consumidores, arts. 19 y ss. y 33.3 LCD, garantías de venta, viajes combinados, o hechos dañosos sufridos bajo la condición de consumidores, art. 15.2 LEC. Por tanto, la normativa adjetiva ha de regular todo lo referente al conjunto de dichas acciones colectivas, cada una de ellas operativa en su ámbito respectivo de Derecho sustantivo. Ello implica que esa regulación procesal, común para todas las acciones colectivas de los distintos marcos normativos, deba ser aplicada de manera conforme a la naturaleza y efectos propios de la acción ejercitada por su pertenencia a una concreta materia de regulación.

Por tal razón, la previsión del art. 221.1 LEC se ha de acomodar a la naturaleza de la acción colectiva que es propia de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, del art. 12.2 LCGC. El pronunciamiento estimatorio de dicha acción, conlleva la declaración de nulidad de la cláusula afectada, y su expulsión de todos los contratos del predisponente celebrados con consumidores, sin distinción. El art. 221.1 LEC no permite en su seno, para la acción de cesación en esta concreta y precisa materia, un discernimiento adicional entre contratantes consumidores y no consumidores, entre consumidores más o menos informados..., ya que el alcance del fallo está perfectamente determinado en la normativa especial, como se ha señalado, el decaimiento de esa estipulación en todos los contratos del predisponente celebrados con consumidores, ya que dicho objeto viene prevenido en el art. 12.2 LCGC, y configura la naturaleza misma de esta clase de acción. Ello siempre sin perjuicio de que posteriormente, si fuera preciso en forma litigiosa, podrían controvertirse los concretos supuestos en los que la situación individual pueda diferir relevantemente de los patrones de juicio que se tomaron en consideración en el análisis abstracto, dada la falta de generación de efecto de cosa juzgada del resoluciones dictadas en ejercicio de acciones colectivas en esta materia respecto a procesos de acciones individuales, precisamente por dicha razón, de acuerdo con la STS nº 123/2017, de 24 de febrero .

Por aclararlo ejemplificativamente, no se está ante acciones colectivas por daños causados a consumidores, donde precise, si es posible, fijar la extensión del daño ocasionado a cada consumidor, e individualizar el grado o cuantía de reparación debida de forma singular. Aquí lo que corresponde, simplemente, es el decaimiento de validez de la cláusula afectada, su retirada de los contratos, y, en su caso, la aplicación de los efectos patrimoniales propios de la nulidad radical.

**(180).**- En cuanto a la alegación del recurso de que debe limitarse el Fallo a establecer la nulidad de cláusulas que en efecto sean intransparentes y que se encuentren en contratos celebrados con consumidores, su admisión llevaría a un total y completo vaciamiento de eficacia de las acciones colectivas ejercitadas para el control de transparencia, en materia de condiciones generales de la contratación. La jurisprudencia, indicada a lo largo de esta resolución, ha señalado que este control abstracto, propio de acciones colectivas, debe ser matizado y sufrir una adecuación cuando se realiza a través de él la aplicación del filtro de transparencia, pero no que el mismo sea un cauce radicalmente inadecuado e ineficaz para la aplicación de tal examen de transparencia. Al contrario, tiene efectos y consecuencias inmediatamente aplicables, una vez se haya conformado el juicio del tribunal con aquellas matizaciones sobre el contenido y objeto del control de transparencia.

De seguirse la propuesta del recurso, se exigiría posteriormente el ejercicio de nuevas acciones individuales, en los casos de discordia, para poder controlar si en tal o cual caso se dan o no los parámetros fijados por la resolución del litigio de acción colectiva, convirtiendo sus pronunciamientos en meras generalidades. No es así. Respecto a ello, y al deber de expulsar de todos sus contratos la cláusula objeto de pronunciamiento, señala la STS nº 367/2017, de 8 de junio , FJ 2º.6, que:

" (...) En este sentido, hemos afirmado en las sentencias 401/2010, de 1 de julio , y 241/2013, de 9 de mayo ( en lo sucesivo nos limitaremos a citarla como sentencia 241/2013 ), que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes , como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que



cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme.

7.- Es relevante lo declarado sobre esta cuestión en la *sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10* : (...)

- no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación;

- cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las CG, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula"

(181).- Finalmente, tampoco puede aceptarse el fraccionamiento de las consecuencias del enjuiciamiento abstracto, y en el marco de su litigio, entre consumidores más o menos informados o cualificados, o situaciones similares, ya que ello supone una disgregación del canon de enjuiciamiento impuesto por esta clase de control, el del consumidor medio. Tampoco cabe la pretendida indicación de que el fallo dictado no alcanzara a contratantes que no gocen del rasgo de consumidor, ya que ello es inherente a la naturaleza de las acciones colectivas, exclusivamente destinadas a la tutela de consumidores y usuarios, por lo que en este ámbito no procede singularizar la distinción entre todo el conjunto de contratantes con la entidad bancaria demandada, para discernir entre consumidores y no consumidores. Se trata de un pronunciamiento general que afecta a todos los consumidores contratantes con tal entidad bancaria, donde esté presente la cláusula en cuestión.

#### **XXVIII.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE SORIA SCC .**

##### **Motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo.**

(182).- Respecto de los motivos de apelación de CAJA RURAL DE SORIA identificables como primero, sobre indebida acumulación subjetiva de acciones, segundo, respecto al defecto en el modo de proponer la demanda y la mutación del objeto del proceso, tercero, sobre infracción de garantías procesales por denegación de prueba generadora de indefensión, cuarto, infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia, quinto, sobre la negación de la consideración de la cláusula empleada como condición general de la contratación, y séptimo, indeterminación del contenido y extensión del fallo; ha de señalarse que vienen a coincidir plena y sustancialmente, en letra y espíritu, con los ya resueltos para el recurso de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA, por lo que se remite a esta parte a la resolución otorgada a dichos motivos, en toda su integridad.

##### **Motivo sexto: superación del control de transparencia de las cláusulas utilizadas.**

(183).- Entiende el tribunal que debe ser analizado siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el juicio revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

Igualmente debe advertirse, que para conformar este motivo de recurso de CAJA RURAL DE SORIA, se han incluido dentro del mismo las alegaciones relativas al control de incorporación, sobre el cumplimiento de normativa sectorial, que el escrito de recurso ubicaba formalmente en otro apartado, dada la conexión argumental que la propia parte presenta entre este extremo y las exigencias del control de transparencia.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DE SORIA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce por entero el esquema alegatorio observado por la recurrente anterior, con una remisión constante a la actuación notarial al momento del otorgamiento del contrato como superador del control de mera incorporación, así como a circunstancias sobre la claridad y comprensibilidad de la redacción de la cláusulas o determinados énfasis gráficos, o supuestos especiales de clientes advertidos. Nada de ello se presenta como argumentación apta para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquella recurrente.

#### **XXIX.- Apelación de CAJA RURAL DE NAVARRA SCC .**

**Motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo.**

(184).- Respecto de los motivos de apelación de CAJA RURAL DE NAVARRA identificables como primero, sobre indebida acumulación subjetiva de acciones, segundo, respecto al defecto en el modo de proponer la demanda y la mutación del objeto del proceso, tercero, sobre infracción de garantías procesales por denegación de prueba generadora de indefensión, cuarto, infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia, quinto, sobre la negación de la consideración de la cláusula empleada como condición general de la contratación, y séptimo, indeterminación del contenido y extensión del fallo; ha de señalarse que vienen a coincidir plena y sustancialmente, en letra y espíritu, con los ya resueltos para el recurso de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA, por lo que se remite a esta parte a la resolución otorgada a dichos motivos, en toda su integridad.

**Motivo sexto: superación del control de transparencia de las cláusulas utilizadas.**

(185).- Entiende el tribunal que debe ser analizado siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el juicio revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

Igualmente debe advertirse que, para conformar este motivo de recurso de CAJA RURAL DE NAVARRA, se han incluido dentro del mismo las alegaciones relativas al control de incorporación, sobre el cumplimiento de normativa sectorial, que el escrito de recurso ubicaba formalmente en otro apartado, dada la conexión argumental que la propia parte presenta entre este extremo y las exigencias del control de transparencia.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DE NAVARRA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce, por entero y en lo esencial, el esquema alegatorio observado por las dos recurrentes anteriores, con una remisión constante a la actuación notarial al momento del otorgamiento del contrato como superador del control de mera incorporación, así como a circunstancias sobre la claridad y comprensibilidad de la redacción de la cláusulas o determinados énfasis gráficos, o supuestos especiales de clientes advertidos. Nada de ello se presenta como argumentación apta para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Deben darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

**XXX.- Recurso de apelación de CAJA RURAL DE TERUEL SCC .****Motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo.**

(186).- Respecto de los motivos de apelación de CAJA RURAL DE TERUEL identificables como primero, sobre indebida acumulación subjetiva de acciones, segundo, respecto al defecto en el modo de proponer la demanda y la mutación del objeto del proceso, tercero, sobre infracción de garantías procesales por denegación de prueba generadora de indefensión, cuarto, infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia, quinto, sobre la negación de la consideración de la cláusula empleada como condición general de la contratación, y séptimo, indeterminación del contenido y extensión del fallo; ha de señalarse que vienen a coincidir plena y sustancialmente, en letra y espíritu, con los ya resueltos para el recurso de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA, por lo que se remite a esta parte a la resolución otorgada a dichos motivos, en toda su integridad.

En dicha respuesta se incluye, también, la específica mención hecha en el motivo 2º de recurso, sobre la manipulación que habría realizado ADICAE en el documento que aporta el resumen de cláusulas utilizadas por CAJA RURAL DE TERUEL, respecto a la supresión de énfasis gráficos que sí se contendrían en las escrituras originales, sin que ello tenga relevancia desde la perspectiva de la indefensión por valoración de prueba indebida, ya que la conformación de la convicción sobre la transparencia de la cláusulas de la entidad no ha sido formada a partir del contenido de dicho documento.

**Motivo sexto: superación del control de transparencia.**

(187).- De nuevo, entiende el tribunal que debe ser analizado siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el juicio revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.



Igualmente debe advertirse que, para conformar este motivo de recurso de CAJA RURAL DE TERUEL, se han incluido dentro del mismo las alegaciones relativas al control de incorporación, sobre el cumplimiento de normativa sectorial, que el escrito de recurso ubicaba formalmente en otro apartado, dada la conexión argumental que la propia parte presenta entre este extremo y las exigencias del control de transparencia.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DE TERUEL, la argumentación impugnatoria aportada reproduce, por entero y en lo esencial, el esquema alegatorio observado por las tres recurrentes anteriores, con una remisión constante a la actuación notarial al momento del otorgamiento del contrato como superador del control de mera incorporación, así como a circunstancias sobre la claridad y comprensibilidad de la redacción de la cláusulas o determinados énfasis gráficos, o supuestos especiales de clientes advertidos. Nada de ello se presenta como argumentación apta para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Deben darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

#### **XXXI.- Recurso de apelación de CAIXA RURAL GALEGA .**

##### **Motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto.**

(188).- Respecto de los motivos de apelación de CAJA RURAL DE GALEGA identificables como primero, sobre indebida acumulación subjetiva de acciones, segundo, respecto al defecto en el modo de proponer la demanda y la mutación del objeto del proceso, tercero, sobre infracción de garantías procesales por denegación de prueba generadora de indefensión, cuarto, infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia, quinto, sobre la negación de la consideración de la cláusula empleada como condición general de la contratación, y séptimo, indeterminación del contenido y extensión del fallo; ha de señalarse que vienen a coincidir plena y sustancialmente, en letra y espíritu, con los ya resueltos para el recurso de CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA, por lo que se remite a esta parte a la resolución otorgada a dichos motivos, en toda su integridad.

##### **Motivo sexto: superación del control de transparencia.**

(189).- De nuevo, entiende el tribunal que debe ser analizado siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el juicio revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

Igualmente debe advertirse que, para conformar este motivo de recurso de CAJA RURAL DE GALEGA, se han incluido dentro del mismo las alegaciones relativas al control de incorporación, sobre el cumplimiento de normativa sectorial, que el escrito de recurso ubicaba formalmente en otro apartado, dada la conexión argumental que la propia parte presenta entre este extremo y las exigencias del control de transparencia.

De nuevo, en el caso de CAJA RURAL DE GALEGA, la argumentación impugnatoria aportada reproduce, por entero y en lo esencial, el esquema alegatorio observado por las cuatro recurrentes anteriores, con una remisión constante a la actuación notarial al momento del otorgamiento del contrato como superador del control de mera incorporación, así como a circunstancias sobre la claridad y comprensibilidad de la redacción de la cláusulas o determinados énfasis gráficos, o supuestos especiales de clientes advertidos. Así cita los casos de los Srs. Jesús Luis y Edemiro, como profesionales cualificados, abogada y arquitecto técnico, o los de los Srs. Laureano y Ruperto, como subrogados, o el del Sr. Ángel Jesús como administrador único de una sociedad mercantil. Nada de ello se presenta como argumentación apta para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Deben darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

#### **XXXII.- Recurso de apelación de CAJASIETE CAJA RURAL SCC .**

##### **Motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo.**

(190).- Respecto de los motivos de apelación de CAJASIETE identificables como primero, sobre indebida acumulación subjetiva de acciones, segundo, respecto al defecto en el modo de proponer la demanda y la mutación del objeto del proceso, tercero, sobre infracción de garantías procesales por denegación de prueba generadora de indefensión, cuarto, infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia, quinto, sobre la negación de la consideración de la cláusula empleada como condición general de la contratación, y séptimo, indeterminación del contenido y extensión del fallo; ha de señalarse que vienen a coincidir plena y sustancialmente, en letra y espíritu, con los ya resueltos para el recurso de CAJA RURAL



DE CASTILLA-LA MANCHA, por lo que se remite a esta parte a la resolución otorgada a dichos motivos, en toda su integridad

**Motivo sexto: superación del control de transparencia.**

(191).- De nuevo, entiende el tribunal que debe ser analizado siempre separadamente este motivo de recurso, a fin de habilitar, si es posible, el juicio revisorio de apelación de las circunstancias tomadas en consideración por la Sentencia de la primera instancia sobre la falta de superación del filtro de transparencia de la praxis habitual observada por la entidad bancaria, respecto a la figura del consumidor medio, sobre los efectos económico patrimoniales de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores.

Igualmente debe advertirse que, para conformar este motivo de recurso de CAJASIEE, se han incluido dentro del mismo las alegaciones relativas al control de incorporación, sobre el cumplimiento de normativa sectorial, que el escrito de recurso ubicaba formalmente en otro apartado, dada la conexión argumental que la propia parte presenta entre este extremo y las exigencias del control de transparencia.

De nuevo, en el caso de CAJASIEE, la argumentación impugnatoria aportada reproduce, por entero y en lo esencial, el esquema alegatorio observado por las cinco recurrentes anteriores, con una remisión constante a la actuación notarial al momento del otorgamiento del contrato como superador del control de mera incorporación, así como a circunstancias sobre la claridad y comprensibilidad de la redacción de la cláusulas o determinados énfasis gráficos, o supuestos especiales de clientes advertidos. Así cita los casos de los Srs. Efrain y Jacobo como subrogación en préstamo; Sr. Cáceres Ávila, como supuesto de préstamo no destinado a la adquisición de vivienda; el del Sr. Segismundo, como empresario; Sra. María Inmaculada, como experta conocedora de transacciones financiera, por ser avalista en préstamos anteriores, o el Sr. Aurelio, bajo igual característica por tener un préstamo personal anteriormente concertado. Nada de ello se presenta como argumentación apta para desvirtuar las conclusiones de la Sentencia apelada en cuanto al control de transparencia. Debe darse aquí también por reproducidos los razonamientos hechos ya antes para aquellas recurrentes.

**XXXIII.- Recurso de apelación formulado por ADICAE y adhesiones a tal apelación de varios intervinientes .**

**Previo: gravamen para recurrir.**

(192).- Con carácter previo al estudio de este recurso, se ha resolver sobre la objeción planteada en el escrito de oposición a dicho recurso, deducido por CAIXABANK SA, CAJASIEE y otras entidades, respecto a la falta de legitimación de ADICAE para apelar, ya que, señala, no tiene gravamen que derive de la Sentencia de la primera instancia, por cuanto se le ha concedido todo lo solicitado.

En tal sentido expone el escrito de oposición a la apelación que (i).- el recurso entablado por ADICAE se refiere exclusivamente al alcance restitutorio de la declaración de la nulidad de la cláusula suelo; (ii).- la Sentencia apelada, a tal respecto, ha fijado que la devolución correspondiente a tales cantidades sería limitada, tan solo a las percibidas por las entidades desde la fecha de la publicación de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo; (iii).- y esto era justamente lo que había solicitado ADICAE al modificar su petición de demanda, durante la celebración de la Audiencia Previa, de modo que la Sentencia concede así exactamente aquello que la ahora apelante solicitó, de acuerdo con la variación de su Suplico.

(193).- Debe rechazarse tal alegación, ya que no es terminante que exista una modificación del Suplico de la demanda de ADICAE durante la celebración de la Audiencia Previa. En tal acto, por el abogado director de esa parte se invocan " hechos nuevos acaecidos con posterioridad a la demanda", no se produce una modificación del *petitum*. Debe aquí recordarse que la alegación en el proceso de hechos nuevos, producidos con posterioridad al comienzo de la litispendencia, art. 286 LEC, no pueden suponer por sí, ni alteración de la causa de pedir, sustituyendo los hechos de la demanda por los nuevos, ni modificación del Suplico, ya que dichos hechos nuevos son circunstancias meramente coadyuvantes de las peticiones ya formuladas en la demanda, con la cristalización del objeto del proceso. Para tal modificación del Suplico, se requiere una formulación expresa, y un trámite especial en el sentido del art. 426.2 y . 3 LEC.

Es más, dichos hechos nuevos en la alegación del abogado de ADICAE consistían en el dictado de las STS nº 241/2013 y nº 139/2015. Pese a que probablemente tal alegación tiene más bien un cauce especial y propio de articulación, art. 271 LEC, no tanto el del art. 286 LEC, genérico respecto de la aportación al proceso de documentos judiciales, es claro que lo que se pretendía por esa parte era la aplicación al caso de la doctrina sobre el control de transparencia a la cláusula suelo, de un lado, y de la concesión de devoluciones de cantidades de otro. Así, el abogado señala que " se ha terminado el debate sobre si había devoluciones desde el principio o no de la aplicación de la cláusula suelo que existía tanto en juzgados como tribunales y Audiencias Provinciales que seguían dictando sentencias contradictorias, la jurisprudencia del Supremo ahora mismo es



*univoca*". Es decir, ante un escenario jurisprudencial donde en el primer momento se negó el efecto devolutivo de las sumas cobradas en exceso, se resalta por el abogado actuante un cambio jurisprudencial que accede a la devolución. Y en tal sentido insta " *la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa y exigir por tanto la aplicación a las cláusulas suelo*" [vd. 01h:47#:00" y ss. del soporte audiovisual del acta de celebración de la Audiencia Previa].

No existe mención a la modificación del apartado correspondiente del Suplico de la demanda de ADICAE en cuanto a fijar su contenido únicamente a la devolución de sumas cobradas desde la publicación de la STS nº 241/2013. Toda aquella exposición del abogado queda siempre bajo la alegación de hechos nuevos, circunstancia que permite interpretar el sentido de la intervención de aquel abogado. Por lo tanto, ello debe relacionarse más bien con el fin de resaltar un cambio jurisprudencial sobre la postura negativa a la restitución de sumas, y su paso a favor de ello, para defender la posición controversial de la parte litigante, que con una expresa modificación de sus pretensiones.

**(194).**- También se indica en algunos escritos de oposición, como ocurre con CAJASIE y otras o BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, que ADICAE ha llegado a acuerdos con algunas entidades demandadas, en los que aceptaba expresamente que la declaración de nulidad no tendría efectos retroactivos anteriores a la fecha de la STS nº 241/103, acuerdos incluso homologados por la Juez a quo, y que ello determina que no pueda ahora instar en apelación un declaración contraria a esas conformidades, ya que resulta equiparable a un aquietamiento o aceptación del efecto restitutivo limitado. Según tales entidades oponentes, dicha postura eliminaría la legitimación de ADICAE para recurrir.

No pueden ser aceptados esa serie de planteamientos, ya que una parte litigante no queda vinculada por las concesiones hechas a determinadas contra-partes con el fin de alcanzar un acuerdo o transacción, con recíprocas cesiones en las posiciones mantenidas, y apartar así la controversia existente, de modo que tenga necesariamente que atenerse a lo pactado como pretensión máxima pero frente a contra-partes con las que no existió acuerdo alguno. Precisamente, el objetivo de poner fin al litigio justifica esa cesión en las expectativas que representaba su pretensión inicial. Cuando la parte litigante no alcanza tal acuerdo o transacción con otras contra-partes, no se le puede imponer en modo alguno que tenga que limitar sus pretensiones a lo concedido a aquellas con las que sí existió transacción. Este hecho objetivo, la existencia de un acuerdo, es lo que aparta una posible aplicación de la doctrina de los actos propios, ya que la parte litigante no se halla en la misma situación frente a las contra-partes con las que alcanzó acuerdo, que con las que no.

**(195).**- Finalmente, algunas de las entidades bancarias, como BANKIA SA, CAJASIE y otras, discuten la legitimación de los intervinientes particulares para recurrir la Sentencia, en el mismo sentido que el realizado por ADICAE, bien precisamente por tal condición de intervinientes, bien por falta de interés directo.

Debe recordarse, una vez más, que tal cual estableció la Sentencia apelada, sin discusión directa sobre ello en esta segunda instancia, que en este procedimiento no se ejercitan acciones individuales, por lo que los particulares ostentan la condición de intervinientes. Pero que esa sea su condición, y no la de titulares de acciones individuales ejercitadas como partes actoras de las mismas, no les inhabilita para recurrir, adhiriéndose a las pretensiones de ADICAE en segunda instancia. El estatuto jurídico procesal de la figura del interviniente procesal aparece configurado legalmente, tanto en los requisitos y presupuestos de admisión de la intervención, arts. 13 y 14 LEC, como en las facultades de actuación concedidas al mismo, entre las cuales, se encuentra precisamente recurrir, art. 13.3, ult. pf., LEC, sin que por ello abandone la consideración de interviniente.

#### **Motivo único de recurso: efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.**

**(196).**- *Planteamiento del motivo.* Frente al pronunciamiento de la Sentencia apelada por el cual concede el efecto restitutivo de cantidades, derivado de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, de manera limitada, solo por sumas percibidas por las entidades de crédito a partir de la fecha de publicación de la STS nº 241/2013, se alza el recurso de ADICAE, por entender que lo procedente hubiera sido acordar la restitución íntegra de toda percepción realizada por aplicación de aquella cláusula, en todo tiempo. A tal recurso de adhieren ciertos intervinientes.

En tal sentido, alega ADICAE que la Sentencia recurrida infringe el art. 1.303 CC, relativo a los efectos de la declaración de nulidad negocial, así como la normativa de la UE, art. 6.1 Directiva 93/13UE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, en materia de protección de consumidores, que ni en ningún caso establece el efecto limitado de la nulidad, ni resulta conforme a la plena protección de los intereses de los consumidores, señala. Tampoco, añade, concurre riesgo alguno de insolvencia de las entidades de crédito afectas, ni sistémico para la economía nacional, que justificasen el apartamiento del efecto natural de la nulidad acordada, como aplicó en muchas otras ocasiones la propia jurisprudencia en supuesto de nulidad.



**(197).- Valoración del tribunal.** Ha de recordarse que esta cuestión ha centrado también diversas observaciones en muchos motivos de recurso de apelación de las distintas entidades de crédito, con el fin de lograr bien el rechazo completo a cualquier reconocimiento de efecto restitutorio de la nulidad declarada del tipo de estipulación, bien al menos mantener su extensión limitada, en el sentido acogido por la Sentencia de la primera instancia. Aunque ya fue objeto de atención, ha de tenerse presente que muchas de las alegaciones aducidas en tal sentido se basaban en la ausencia de enervación de la buena fe de las entidades en el uso, o en la forma de uso, de tal cláusula, cuando menos hasta el conocimiento público de los criterios de la STS nº 241/2013, o para ciertos casos concretos, el de la STS nº 139/2015.

Lo cierto es que el estado de la jurisprudencia en este momento prescinde ya de criterios usados anteriormente, bien para negar el efecto restitutivo, bien para limitar el carácter retroactivo de la doctrina sobre el control de transparencia de la STS nº 241/2013, como la buena fe de las entidades, o la protección de economía general. Este nuevo estado de la jurisprudencia viene determinado por la respuesta a la cuestión prejudicial formulada para esta cuestión, dada en la *STJUE (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016*, en contestación a esas cuestiones prejudiciales planteadas por diversos órganos judiciales españoles (asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15). En ella se ha declarado que la restricción de los efectos de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo es contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dicha *STJUE* de 21 de diciembre de 2016, ap. 61 y ss, señala que:

" ... el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

Y añade en los apartados 72 y ss: "72 Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C 441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C 614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C 554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70)."

En consecuencia, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales declarando que: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia



*nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión."*

La adaptación de la jurisprudencia nacional a la doctrina vinculante fijada por el TJUE, art. 4 bis.1 LOPJ, se realiza a través de la STS (del Pleno) nº 123/2017, de 24 de febrero, FJ 5.3, donde se señala que:

*" En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:*

*a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

*b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE (...)*

**5.-** La desestimación del único motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de una cuestión nueva planteada en el mencionado escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido".

Es claro que con todo lo anterior, procede la estimación del recurso de ADICAE respecto de esta cuestión de la íntegra restitución de las cantidades cobradas a los consumidores afectados por aplicación de la denominada cláusula suelo, sin la limitación temporal apreciada en la Sentencia de la primera instancia.

#### **Costas procesales de la primera instancia.**

**(198).**- En cuanto a varias de las entidades de las que se estima el recurso de apelación o la impugnación de sentencia, CAJA RURAL DEL SUR SCC, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, y BANCO SABADELL SA, resulta de esta segunda instancia solo una estimación parcial de la demanda de ADICAE frente a ellas, tanto por la desestimación general de la acción colectiva de declaración de condición general de la contratación, no atacada en esta segunda instancia, como por lo tocante a cada una de ellas. Por lo tanto, para ellas, regirá el principio del vencimiento objetivo en esta materia, lo que conduce a mantener la no imposición de costas, por tal estimación parcial, art. 394.2 LEC, como hizo la Sentencia apelada.

#### **Costas procesales de segunda instancia.**

**(199).**- Dispone el art. 398 LEC, en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que para el supuesto de acogimiento del recurso de que se trate, aún parcial, no deberá realizarse condena en costas, y en cambio, cuando se proceda a desestimar en todo el recurso, las costas serán impuestas a la parte recurrente, por remisión al principio del vencimiento objetivo procesal, en su caso, con la excepción de apreciarse por el tribunal la concurrencia de serias dudas de hecho o de Derecho, por la remisión operada al art. 394 LEC. Por tanto, y de acuerdo con ello:

(i).- Las costas imputables a los recursos o impugnaciones de CAJA LABORAL POPULAR SCC; BANCO CAMINOS SA; BANCO PUEYO SA; TARGOBANK SA/BANCO POPULAR-E SA/BANCO PASTOR SA; CAIXABANK SA; CAJA RURAL DE JAEN BARCELONA Y MADRID SCC; CAJA RURAL DE EXTREMADURA SCC; CAJA RURAL DE ZAMORA SCC; CAJA RURAL DE GRANADA SCC; NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN SCC (BANTIERRA); CAJA RURAL CENTRAL SCC; BANCO MARE NOSTRUM SA; UNICAJA BANCO SA; BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA (BANCO CEISS); CAJA DE ARQUITECTOS; CAJA RURAL DE ASTURIAS SCC; CAJA RURAL DE ALBACETE CIUDAD REAL Y CUENCA SCC (GLOBALCAJA); UNIÓN DE CRÉDITO PARA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA EF SA (CREDIFIMO); BANKIA SA; CAJA RURAL DE CASTILLA-LA



MANCHA SCC; CAJA RURAL DE SORIA SCC; CAJA RURAL DE NAVARRA SCC; CAJA RURAL DE TERUEL SCC; CAIXA RURAL GALEGA SCC; CAJASIEETE CAJA RURAL SCC; LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA; E IBERCAJA BANCO SA; desestimados, serán impuestas a esas partes recurrentes.

(ii).- En cuanto a las costas que resulten vinculables a los recursos o impugnaciones de ADICAE; CAJA RURAL DEL SUR SCC; BANCO POPULAR ESPAÑOL SA; y BANCO SABADELL SA, estimadas en todo o en parte, según cada caso, no procederá condena alguna en costas.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

## FALLO

Se realizan los siguientes pronunciamientos:

**I.-** Estimamos en todo o en parte, según los casos, los recursos de apelación, y revocamos parcialmente, en los puntos que se indicarán, la Sentencia de fecha 7 de abril de 2016 del Juzgado Mercantil Nº 11 de Madrid, de los siguientes recurrentes:

1º.- Se desestima parcialmente la demanda formulada por ADICAE frente a CAJA RURAL DEL SUR SCC, únicamente en lo relativo a la pretensión de declaración de nulidad y orden de cese sobre el tipo de estipulación identificada como cláusula suelo utilizada por la entidad Caja Rural de Córdoba, sin que haya lugar a realizar tales pronunciamientos, así como tampoco sobre la pretensión accesoria de restitución de sumas frente a dicha entidad.

2º.- Se desestima parcialmente la demanda de ADICAE frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, únicamente en lo relativo a la pretensión de declaración de nulidad y orden de cese sobre la clase de estipulación identificada como cláusula suelo, por apreciación de cosa juzgada negativa, pero se mantiene el pronunciamiento de condena a la restitución de sumas, en la forma que resulta de la presente sentencia.

3º.- Se desestima parcialmente la demanda de ADICAE frente a BANCO SABADELL SA, únicamente en lo relativo a la pretensión de declaración de nulidad y orden de cesación respecto al tipo de estipulación identificada como cláusula suelo utilizada por Banco de Asturias SA, sin que haya lugar a realizar tales pronunciamientos, así como tampoco sobre la pretensión de restitución de sumas referida a tales entidades.

**II.-** Se estima íntegramente el recurso de apelación de ADICAE contra la Sentencia de fecha 7 de abril de 2016 del Juzgado Mercantil Nº 11 de Madrid, y se revoca parcialmente tal resolución, en lo relativo al pronunciamiento de condena a la restitución de cantidades, la cual, en lugar de lo que se dispuso, habrá de comprender todas las sumas percibidas por las entidades cuya condena se mantiene, por aplicación del citado tipo de estipulación identificada como cláusula suelo, con el interés legal a ello aparejado.

**III.-** Se desestiman íntegramente los recursos de apelación e impugnaciones presentados por CAJA LABORAL POPULAR SCC; BANCO CAMINOS SA; BANCO PUEYO SA; TARGOBANK SA/BANCO POPULAR-E SA/BANCO PASTOR SA; CAIXABANK SA; CAJA RURAL DE JAEN BARCELONA Y MADRID SCC; CAJA RURAL DE EXTREMADURA SCC; CAJA RURAL DE ZAMORA SCC; CAJA RURAL DE GRANADA SCC; NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN SCC (BANTIERRA); CAJA RURAL CENTRAL SCC; BANCO MARE NOSTRUM SA; UNICAJA BANCO SA; BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA (BANCO CEISS); CAJA DE ARQUITECTOS; CAJA RURAL DE ASTURIAS SCC; CAJA RURAL DE ALBACETE CIUDAD REAL Y CUENCA SCC (GLOBALCAJA); UNIÓN DE CRÉDITO PARA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA EF SA (CREDIFIMO); BANKIA SA; CAJA RURAL DE CASTILLA-LA MANCHA SCC; CAJA RURAL DE SORIA SCC; CAJA RURAL DE NAVARRA SCC; CAJA RURAL DE TERUEL SCC; CAIXA RURAL GALEGA SCC; CAJASIEETE CAJA RURAL SCC; LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA; IBERCAJA BANCO SA; CAIXA ONTINYENT; y BANCA MARCHA SA.

**IV.-** Declaramos que no procede la imposición de costas procesales de la segunda instancia generadas por los recursos e impugnaciones de ADICAE; CAJA RURAL DEL SUR SCC; BANCO POPULAR ESPAÑOL SA; y BANCO SABADELL SA.

**V.-** Imponemos el pago de costas procesales de segunda instancia a CAJA LABORAL POPULAR SCC; BANCO CAMINOS SA; BANCO PUEYO SA; TARGOBANK SA/BANCO POPULAR-E SA/BANCO PASTOR SA; CAIXABANK SA; CAJA RURAL DE JAEN BARCELONA Y MADRID SCC; CAJA RURAL DE EXTREMADURA SCC; CAJA RURAL DE ZAMORA SCC; CAJA RURAL DE GRANADA SCC; NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN SCC (BANTIERRA); CAJA RURAL CENTRAL SCC; BANCO MARE NOSTRUM SA; UNICAJA BANCO SA; BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA (BANCO CEISS); CAJA DE ARQUITECTOS; CAJA RURAL DE ASTURIAS SCC; CAJA RURAL DE ALBACETE CIUDAD REAL Y CUENCA SCC (GLOBALCAJA); UNIÓN DE CRÉDITO PARA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA EF SA (CREDIFIMO); BANKIA SA; CAJA RURAL DE CASTILLA-LA



MANCHA SCC; CAJA RURAL DE SORIA SCC; CAJA RURAL DE NAVARRA SCC; CAJA RURAL DE TERUEL SCC; CAIXA RURAL GALEGA SCC; CAJASIEETE CAJA RURAL SCC; LIBERBANK SA y BANCO CASTILLA LA MANCHA SA; IBERCAJA BANCO SA; CAIXA ONTINYENT; y BANCA MARCH SA por las generadas por sus respectivos recursos o impugnaciones, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

**VI.-** Acordamos la devolución del depósito realizado, en su caso, para la interposición del presente recurso, respecto de las apelaciones e impugnaciones estimadas total o parcialmente; y disponemos la pérdida de dicho depósito respecto de los recursos o impugnaciones íntegramente desestimados.

**Modo de impugnación.-** Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de modo conjunto, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

FONDO DOCUMENTAL CENJES