Id. Cendoj: 28079119912015100044
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 23/12/2015

Nº Recurso: 2658/2013

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Procedimiento: CIVIL

Idioma: Español

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 705/2015

Fecha Sentencia : 23/12/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº *:* 2658/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 25/11/2015

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL MADRID SECCION N. 28

Secretaría de Sala *:* Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Escrito por *:* MAJ

Condiciones Generales de la Contratación. Contratos bancarios celebrados con consumidores. Condiciones abusivas. Control de transparencia y control de abusividad. Cláusula suelo; intereses moratorios; vencimiento anticipado; atribución de gastos de la operación al consumidor; contratación telefónica.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: **2658/2013**

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

Votación y Fallo: **25/11/2015**

Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: **705/2015**

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. ("BBVA"), representado ante esta Sala por la procuradora Dña. Ana Llorens Pardo y por el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado ante esta Sala por la procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2013 por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 161/2012, dimanante de las actuaciones de juicio verbal núm.

177/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, sobre condiciones generales de la contratación y acción de cesación de cláusulas abusivas insertas en préstamos hipotecarios y otros contratos bancarios. Ha sido parte recurrida la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU), representada ante esta Sala por la procuradora Dña. Miriam López Ocampos. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora Miriam López Ocampos, en nombre y representación de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, interpuso demanda de juicio verbal contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A, en la que solicitaba se dictara sentencia aceptando los siguientes pedimentos:

«1º) Declaración del carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de las siguientes estipulaciones, teniéndose por no puestas, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español, S.A. las condiciones Primera, 3.3; Primera 3.4; Primera 3.5.c); Primera 5.2.3; Tercera, 1; y Sexta. 3 de los denominados pactos complementarios.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Límites a la variación del tipo de interés aplicable (Condición Primera. 3.3).

b) Redondeos del tipo de interés aplicable (Condición Primera 3.4)

c) Revisión del interés pactado (Condición Primera 3.5.c)

d) Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera, 5.2.1).

e) Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera 5.2.3).

f) Fuero judicial (Condición Tercera 1)

g) Pactos complementarios (Condición Sexta 3)]

-Del contrato de banca multicanal del Banco Popular Español, S.A la condición denominada especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por móvil nº 7.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Responsabilidad por el uso de claves (Condición especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por Móvil nº 7)]

- Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A., las condiciones tercera; duodécima; y decimotercera.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Condición general Tercera.

b) Condición general Duodécima

c) Condición general Decimotercera.]

- Del contrato de tarjeta 4B Mastercard del Banco Popular Español, S.A., las condiciones quinta; decimotercera; y vigésima.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Condición general Quinta, Arts. 80.1 c); Art. 86.1; 86.7; 87; TRLGDCU.

b) Condición general Decimotercera, Arts. 80.1.c); 87; 88.2 TRLGDCU.

c) Condición general Vigésima. Arts. 90.2 y 54.2 TRLGDCU.]

- Del contrato de tarjeta VISA HOP! del Banco Popular Español, S.A., las condiciones segunda; séptima; y vigésimo tercera.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Condición general Segunda. b) Condición general Séptima

c) Condición general Vigésimo tercera.]

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones 3.bis 3; 5ª; 6ª;6ª bis; 7ª; 8.5; 10ª;11ª; 12ª; 13ª; y la denominada del tratamiento de datos personales.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Límites a la variación del tipo de interés (Condición 3 bis 3). b) Gastos (Condición 5ª).

c) Interés de demora (Condición 6ª).

d) Vencimiento anticipado del préstamo (Condición 6ª BIS). e) Finalidad del préstamo (Condición 7ª).

f) Compensación (Condición 8.5). g) Fuero. (Condición 10ª).

h) Conservación de la garantía (Condición 11ª).

i) Subrogación de los adquirentes (Condición 12ª). j) Apoderamiento (Condición 13ª)

k) Tratamiento de Datos Personales.]

- Del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones 4;10; 12; la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet I. Servicio de Banca por Internet (condición 5, operativa de valores); la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet VII. Servicio de contratación canal móvil (condición 1); y la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet X. Servicio Contratación canal telefónico (condición 1).

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Verificación (Condición general 4).

b) Tratamiento de Datos Personales (Condición general 10). c) Modificación de condiciones (Condición general 12).

d) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. I. Servicio de Banca por Internet. (Condición 5. Operatoria de valores).

e) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil. (Condición 1).

f) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. X. Servicio Contratación canal telefónico. (Condición 1),]

- Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones segunda; cuarta; séptima; novena; undécima; y decimocuarta.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación.

a) Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda).

b) Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda).

c) Intereses y valoraciones (Condición general Cuarta).

d) Imputación de pagos y compensación (Condición general Séptima).

e) Modificación de las condiciones (Condición general Novena)

f) Gastos y tributos (Condición general Undécima)

g) Tratamiento de datos personales (Condición general Decimocuarta).]

- Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones 1.2; 1.6; 4; 5; 7; 9.2; 10; 11.1; 12.2; y 13.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Emisión y formalización (Condición general 1.2). b) Emisión y formalización (Condición general 1.6). c) Responsabilidad (Condición general 4).

d) Cuenta de domiciliación de pagos y reintegros (Condición general 5).

e) Importe de las operaciones (Condición general 7)

f) Duración (Condición general 9.2).

g) Imputación de pagos y compensación (Condición general 10).

h) Modificación de condiciones. Comunicaciones (Condición general 11.1).

i) Otras condiciones. (Condición general 12.2).

j) Tratamiento de datos personales (Condición general 13).]

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, a costa de las demandadas, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia -a criterio del juzgador conforme a lo dispuesto en el art. 221.2 LEC y art. 21 LCGC.

4º) Libramiento de mandamiento al titular del 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.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 29 de marzo de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid fue registrada con el núm. 177/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió a la citación para juicio de las partes demandadas y del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Celebrada la vista de Juicio Verbal, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia de fecha 8 de septiembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

« **FALLO:** Con estimación parcial de la demanda promovida por ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA), con la intervención del MINISTERIO FISCAL sobre ACCIÓN DE CESACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS RELATIVA A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, debo declarar como declaro:

A) La nulidad de las siguientes cláusulas:

Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español, S.A.:

- Revisión del interés pactado (Condición Primera. 3.5.c).

- Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera 5.2.1).

- Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera 5.2.3).

- Fuero judicial (Condición Tercera. 1)

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de banca multicanal del Banco Popular Español, S.A. la condición denominada especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por móvil nº 7.

- Responsabilidad por el uso de claves (Condición especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por Móvil nº 7)]

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A.,

- Condición general Duodécima.

- Condición general Decimotercera.]

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de tarjeta 4B Mastercard del Banco Popular Español, S.A., las condiciones quinta; decimotercera; y vigésima.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

- Condición general Quinta. Arts. 80.1c); Art. 86.1; 86.7 87; TRLGDCU.

- Condición general Decimotercera, Arts. 80.1c); 87; 88.2. TRLGDCU.

- Condición general Vigésima.

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

- Gastos (Condición 5ª).

- Vencimiento anticipado del préstamo (Condición 6ª BIS exclusivamente letra e)).

- Finalidad del préstamo (Condición 7ª)

- Conservación de la garantía (Condición 11ª)

- Subrogación de los adquirentes (Condición 12ª)

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones

- Verificación (Condición general 4).

- Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil (Condición 1).

- Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. X. Servicio Contratación canal telefónico. (Condición 1).]

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.:

- Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda) y custodia de tarjetas (cláusula 2.3)

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

- Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.,

- Emisión y formalización (Condición general 1.2).

- Emisión y formalización (Condición general 1.6).

- Importe de las operaciones (Condición general 7).

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.

La parte del contrato afectada por la declaración de nulidad se integrara conforme a las previsiones contenidas en el fundamento QUINCUAGÉSIMO PRIMERO in fine.

Del mismo modo declare no haber lugar a la NULIDAD RESTO DE CLAUSULAS IMPUGNADAS

B) Orden de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

C) Publicación, a costa de las demandadas, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia -a criterio del juzgador conforme a lo dispuesto en el art. 221.2 LEC y art. 21 LCGC.

D) Libramiento de mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el art. 22 LCGC.»

CUARTO.- Por Auto de fecha 22 de septiembre de 2011 se rectifica la anterior Sentencia y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«SE RECTIFICA Sentencia, de 08/09/2011, en el sentido de que donde se dice:

* En el Fallo de la Sentencia

- "Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil. (Condición 1)."

- "Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.,"

- Emisión y formalización (Condición general 1.2).

- Emisión y formalización (Condición general 1.6).

- Importe de las operaciones (Condición general 7).

- Se obvia la abusividad de la cláusula 3.4 del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español.

*En el FUNDAMENTO DE DERECHO quincuagésimo primero -

Contrato de tarjetas BBVA:

-" b) emisión y formalización, utilización tarjetas se suprime la exoneración de responsabilidad del banco hasta la realización del acta de recepción y en su lugar se establece su responsabilidad desde el momento en el ingreso se realiza materialmente en el cajero y se emite el justificante, debe corregirse en los siguientes términos:

*En el Fallo de la Sentencia

- Se debe eliminar "Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil. (Condición 1)."

*En el Fallo de la Sentencia

- debe decir "Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue

BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.,

- Emisión y formalización (Condición general 1.2).

- Emisión y formalización (Condición general 1.6).

- Importe de las operaciones (Condición general 7, exclusivamente párrafo segundo).

+ Se declara la nulidad de la cláusula 3.4 del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español.

*En el FUNDAMENTO DE DERECHO quincuagésimo primero -

Contrato de tarjetas BBVA:

- Debe eliminarse " b) emisión y formalización, utilización tarjetas se suprime la exoneración de responsabilidad del banco hasta la realización del acta de recepción y en su lugar se establece la responsabilidad desde el momento en el ingreso se realiza materialmente en el cajero y se emite el justificante." Y en su lugar deberá entenderse sustituido por la nulidad de la exclusión del derecho de desistimiento por utilización de la tarjeta en el periodo contemplado.»

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU), del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA,S.A, del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y por el MINISTERIO FISCAL.

La resolución de estos recursos correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 161/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«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.;

2.- la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés, condición 3 bis 3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA);

3.- la cláusula de intereses de demora (condición 6ª) del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA);

4.- la letra "a" de la cláusula de vencimiento anticipado (condición 6ª bis) del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA);

5.- la letra "e" del punto 1 de la cláusula de tratamiento de datos personales del condicionado general del préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA), similar previsión incluida en la letra "c" de la condición general 10ª del condicionado general del contrato de servicios telemáticos y banco por Internet BBVA, la misma mención incluida en la cláusula 14ª del condicionado general

del contrato de cuenta corriente BBVA e igual mención de la cláusula 13ª del condicionado general del contrato de tarjetas PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA ;

6.- el párrafo final de la cláusula de modificación de las condiciones las generales del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet BBVA (condición general 12);

7.- la cláusula de políticas del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) en el contrato de servicios telemáticos y banco por Internet del BBVA (condición 5. operatoria de valores);

8.- la cláusula de repercusión de gastos y tributos del contrato de cuenta corriente BBVA (condición general undécima);

9.- la cláusula de exoneración de responsabilidad del banco (condición general quinta) de los contratos de tarjetas del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. (condiciones de uso de la tarjeta 4B Mastercard);

10.- la cláusula de liquidación (gastos, tributos y costas) en los contratos de tarjeta del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) (condición general 5); y

11.- la cláusula de modificación de las condiciones del contrato de tarjetas del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARJA S.A (BBVA) (condición general 11.1).

No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de dichas apelaciones.

Desestimamos, en cambio, en su integridad los recursos de apelación planteados por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) y por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la referida sentencia, cuyos restantes pronunciamientos resultan, en consecuencia, confirmados por este tribunal. E imponernos a dichas entidades apelantes las costas que hayan podido ocasionar a los demás litigantes con sus respectivos recursos. »

SEXTO.- La procuradora Dª María José Bueno Ramírez, en representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«PRIMERO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia con fundamento en el artículo 469.1.2 LEC en relación con los artículos 216 LEC (principio de justicia rogada) y 218.º LEC (congruencia).

SEGUNDO.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a Ley o determine indefensión con fundamento en el artículo 469.3º LEC en relación con su artículo 456.1 LEC, vulneración del principio de contradicción.

TERCERO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia con fundamento en el artículo 469.1.4º LEC, en relación con la valoración absurda, arbitraria e ilógica, dicho sea con el debido respeto y en términos de la más estricta defensa, de la exigua prueba obrante en las actuaciones en lo referente a la transparencia o no de la debatida cláusula suelo, con vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

CUARTO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia con fundamento en el artículo 469.1.2º LEC, en relación con el artículo 218.2 LEC (motivación de las sentencias)».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Con fundamento en el artículo 477.1 LEC: Omisión a la consideración de la ley aplicable y preterición de las fuentes del derecho con infracción del artículo 1.1 y 1.7 del Código Civil.

SEGUNDO.- Con fundamento en el artículo 477.1 LEC: Infracción por falta de aplicación del artículo 82 TRLGDCU, oposición a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2013&&229 y ss): Existencia de interés casacional.

TERCERO.- Con fundamento en el artículo 477.1 LEC. Infracción por indebida aplicación del artículo 80.1 TRLGDCU, oposición a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2013 && 211 y 212: Existencia de interés casacional».

SÉPTIMO.- La procuradora Dª Ana Llorens Pardo, en representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«PRIMERO.- Por el cauce del núm. 4 del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, en relación con el principio de contradicción o de audiencia bilateral: BBVA no ha tenido oportunidad de contradicción en relación con el segundo control de transparencia (sustantiva) de la cláusula de limitación a la variación del interés del contrato de préstamo hipotecario de BBVA.

SEGUNDO.- Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del art. 469 de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, en relación con su faceta protectora del derecho al sistema de fuentes: la no aplicación por la sentencia recurrida del art. 114 III de la Ley Hipotecaria y de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 implica desconocer la eficacia de dos normas legales plenamente vigentes y aplicables al caso.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

« PRIMERO.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 8.2 de la LCGC y 82.1 de la LCU, en relación con el enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de la cláusula de limitación a la variación del interés del contrato de préstamo hipotecario de BBVA, citándose como infringida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera núm. 241/2013, que dispone que la falta de transparencia de una condición general no supone necesariamente que deba considerarse abusiva, sino que, para ello, se exige examinar si, con arreglo a los arts. 8.2 de la LCGC y 82.1 de la LCU, la cláusula es contraria a las exigencias de la buena fe y causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibro importante de derechos y obligaciones de las partes del contrato.

SEGUNDO. **-** Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 114 III de la Ley Hipotecaria y de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, en relación con el enjuiciamiento de la validez y la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses de demora del contrato de préstamo hipotecario de BBVA, justificándose el interés casacional por tratarse de normas que no llevan más de cinco años en vigor del modo en que se ha acreditado en el apdo. 2 del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación).

TERCERO. **-** Subsidiariamente, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 85.6 y 82.1 de la LCU, al apreciar el carácter abusivo del tipo de interés moratorio de la cláusula de interés de demora del contrato de préstamo hipotecario de BBVA, justificándose el interés casacional por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales del modo en que se ha acreditado en el apdo. 2 del Fundamento 4 (Admisibilidad del recurso de casación).

CUARTO **.-** Subsidiariamente, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del principio de conservación de los contratos según la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo núm 827/2012, de 15 de enero , núm. 140/2013, de 20 de marzo, núm. 832/2008, de 22 de diciembre y núm. 401/2010, de 1 de julio, en relación con el la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses de demora del

contrato de préstamo hipotecario de BBVA, justificándose el interés casacional por las circunstancias anteriormente acreditadas en el apdo. 2, del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación).

QUINTO. **-** Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los1.157 y 1.169 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias núm. 792/2009, de 16 de diciembre, núm. 1124/2008, de 12 de diciembre y núm.506/2008, de 4 de junio, por declarar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario de BBVA, justificándose el interés casacional por la vulneración de esa doctrina del modo en que se ha acreditado en el apdo. 2, del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación). SEXTO.- Subsidiariamente, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del principio de conservación de los contratos según la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 827/2012, de 15 de enero, núm.140/2013, de 20 de marzo, núm.832/2008, de 22 de diciembre y núm. 401/2010, de 1 de julio, en relación con el la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario de BBVA, justificándose el interés casacional por las circunstancias anteriormente acreditadas en el apdo.

3, del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación).

SÉPTIMO.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 89.3 de la LCU en relación con la cláusula de gastos del préstamo hipotecario de BBVA, justificándose el interés casacional, por la circunstancia anteriormente acreditada en el apdo. 4, del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación).

OCTAVO.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 82.1, 85 y 88.1 de la LCU en relación con la cláusula de limitación del destino profesional o empresarial del bien hipotecado, justificándose el interés casacional por la circunstancia anteriormente acreditada en el apdo. 5, del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación).

NOVENO.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 89.1 y 88.2 de la LCU en relación con la cláusula 1ª de las condiciones específicas del servicio de contratación de canal telefónico del contrato de servicios telemáticos y de banca por internet de BBVA, justificándose el interés casacional por la circunstancia anteriormente acreditada en el apdo. 6 del Fundamento 4 (admisibilidad del recurso de casación).»

OCTAVO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 3 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos respectivamente por las representaciones procesales de las entidades "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A" y "Banco Popular Español S.A." contra la sentencia dictada, el día 26 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº. 161/2012, dimanante del juicio verbal nº 177/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid».

NOVENO- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

DÉCIMO.- Por providencia de fecha 5 de octubre de 2015, se nombró ponente al que lo es en este trámite, y, tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó pasar su conocimiento al Pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el 25 de noviembre de 2015, en que tuvo lugar. No formó Sala el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, por encontrarse cumpliendo sus funciones como vocal de la Junta Electoral Central.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Desarrollo del litigio.-

1.- 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.

2.- 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); Primera 3.4 (Redondeos del tipo de interés aplicable); Primera 3.5.c (Revisión del interés pactado); Primera 5.2.1 (Obligaciones de la parte deudora para asegurar la

conservación y efectividad de la garantía); Primera 5.2.3 (también sobre obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía); Tercera I (Fuero judicial); Sexta 3 (Pactos complementarios).

ii) Del contrato de banca multicanal del Banco Popular Español, S.A., la condición denominada especial nº 7, de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por móvil: Responsabilidad por el uso de claves.

iii) Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A., las condiciones generales tercera, duodécima y decimotercera.

iv) Del contrato de tarjeta "4B Mastercard" del Banco Popular Español, S.A., las condiciones quinta (por infringir los arts. 80.1.c, 86.1, 86.7 y 87 TRLGDCU; decimotercera (por infringir los arts. 80.1.c; 87 y 88.2. TRLGDCU); y vigésima (por infracción de los arts. 90.2 y 54.2 TRLGDCU).

v) Del contrato de tarjeta "VISA HOP!" del Banco Popular Español, S.A., las condiciones generales segunda, séptima y vigésimo-tercera.

vi) Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones 3.bis (Límites a la variación del tipo de interés); 5ª (Gastos); 6ª (Interés de demora); 6ª bis (Vencimiento anticipado del préstamo); 7ª (Finalidad del préstamo); 8.5 (Compensación); 10ª (Fuero); 11ª (Conservación de la garantía); 12ª (Subrogación de los adquirentes); 13ª (Apoderamiento); y la cláusula relativa al tratamiento de datos personales.

vii) Del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones 4 (Verificación); 10 (Tratamiento de datos personales); 12 (Modificación de condiciones); la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet I. Servicio de Banca por Internet (condición 5, operativa de valores); la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet VII. Servicio de contratación canal móvil (condición 1); y la específica aplicable

a los servicios telemáticos y de Banca por Internet X. Servicio Contratación canal telefónico (condición 1).

viii) Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones segunda (Disponibilidad del saldo de la cuenta); cuarta (Intereses y valoraciones); séptima (Imputación de pagos y compensación); novena (Modificación de las condiciones); undécima (Gastos y tributos); y decimocuarta (Tratamiento de datos personales).

ix) Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones 1.2 (Emisión y formalización); 1.6 (Emisión y formalización); 4 (Responsabilidad); 5 (Cuenta de domiciliación de pagos y reintegros); 7 (Importe de las operaciones); 9.2 (Duración); 10 (Imputación de pagos y compensación); 11.1 (Modificación de condiciones. Comunicación); 12.2 (Otras condiciones) y 13 (Tratamiento de datos personales).

3.- Tramitado el procedimiento ante el juzgado que conoció de la demanda, la estimó parcialmente la demanda y declaró nulas determinadas cláusulas, en los términos expuestos en los antecedentes de hecho de esta resolución.

4.- La sentencia fue recurrida en apelación por la organización de consumidores demandante, por el Ministerio Fiscal y por los bancos demandados. La Audiencia Provincial, en su sentencia, hace una serie de consideraciones que resulta conveniente mencionar aquí por su relación con lo que deberá ser expuesto para la resolución de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la misma por ambas entidades bancarias. Tales consideraciones, resumidamente, son las siguientes:

a) Destaca el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, partiendo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Y con cita de numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resalta especialmente que dicho control de oficio también puede y debe hacerse en fase de apelación y aunque la formulación concreta

no se hubiera precisado en la primera instancia; siempre y cuando se respete plenamente el principio de contradicción. Para lo cual, recuerda al efecto la doctrina establecida por esta Sala en la sentencia del Pleno 241/2013, de 9 de mayo.

b) Establece también que el control abstracto que requiere la acción colectiva de cesación ejercitada al amparo del artículo 12 LCGC permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. El ejercicio de esta acción conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto. Además, en este ámbito de las acciones colectivas la regla "contra proferentem" cobra un significado distinto, pues ya no se trata de interpretar un condicionado en el sentido más perjudicial para el predisponente y favorable al consumidor (como podría resultar lo procedente en un litigio individual); sino que va más allá, puesto que si la condición general, por su redacción ambigua o dudosa, admitiese significados que pudieran dar lugar a abusividad, lo procedente sería su expulsión del tráfico mercantil para que no pudiera producir tal efecto, según se desprende de los artículos 5 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

c) La acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención).

d) En lo que se refiere a la carga de la prueba sobre la cualidad de condición general de una determinada estipulación contractual, a falta de una regla específica, regiría en principio la norma general del art. 217.1

LEC, conforme a la cual correspondería al adherente dicha prueba. Aunque no es ese el único modo por el que puede acreditarse tal cualidad, máxime cuando en varios

de los contratos figura que se han redactado conforme a las minutas o instrucciones entregadas por las entidades bancarias. En cualquier caso, sí existe una regla específica sobre la carga de la prueba (artículo 82.2, párrafo segundo, del TRLGDCU) en el ámbito de la contratación con consumidores, pues cuando se pretenda sostener entonces que determinada cláusula inserta entre el condicionado general habría sido objeto de negociación individual sería el predisponente el que debería demostrarlo.

e) Que la cláusula suelo afecte a los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) no excluye su calificación como condición general de la contratación. Ni tampoco lo impide que estuviera autorizada por la legislación sectorial.

5.- La sentencia de apelación estimó parcialmente los recursos de la OCU y del Ministerio Fiscal, y desestimó los formulados por las entidades bancarias demandadas. Adicionando a lo resuelto por la sentencia de primera instancia la nulidad de otras varias condiciones generales impugnadas en la demanda, en los términos expuestos en los antecedentes de hecho de esta resolución.

SEGUNDO.- RECURSO EXTRAORDINARIOS PORINFRACCIÓN PROCESAL. DEL "BANCO POPULAR, S.A."

a) **Primer motivo.-**

Planteamiento :

Este primer motivo se formula al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, por infracción de los arts. 216 y 218 LEC, en lo relativo a los principios de justicia rogada e incongruencia por alteración de la *causa petendi* . El motivo, en esencia, se concreta en que en la demanda la razón de pedir de la nulidad de la cláusula suelo se centraba en un pretendido desequilibrio entre las partes y, sin embargo, la condena se ha basado en una falta de transparencia de aquella.

Decisión de la Sala :

1.- La cuestión planteada en este motivo ha sido ya resuelta por esta Sala en el auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj **:** ATS 10482/2013), que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra la sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo. Partimos de la base de que en dicha sentencia, el apartado 130 de sus fundamentos jurídicos establecía que *«[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas,los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas».* Y sobre dicha base, el mencionado auto recordó que *«[l]a correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas,* sentencia núm. 365/2013 , de 6 de junio*)».*

2.- Desde este punto de vista, aunque la pretensión inicial se fundara en el desequilibrio entre las partes, las entidades demandadas pudieron defenderse sobradamente sobre la validez de las cláusulas impugnadas, y específicamente sobre el control de transparencia, puesto que fue objeto del debate en los recursos de apelación y, por tanto, en la segunda instancia. Además, no cabe considerar que el control de transparencia de las cláusulas incluidas en contrato con consumidores, como instrumento diferenciado del previo control de inclusión, fuera una novedad inesperada introducida por la sentencia recurrida, pues ya con anterioridad a la Sentencia de esta

Sala 241/2013, había referencias al mismo tanto en los informes de la Comisión Europea como en nuestra jurisprudencia.

Así, el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (COM/2000/0248 final) afirmaba:

«El principio de transparencia, que constituye la base del artículo5, presenta distintas funciones según que se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva. En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando n° 20 [31]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)».

Y este Tribunal Supremo ya se había pronunciado en ese sentido, al declarar la nulidad de condiciones generales por falta de transparencia (sentencias de la Sala Primera núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17 de junio) y al considerar el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, cuya doctrina fue reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril.

3.- Las entidades bancarias recurrentes han gozado en ambas instancias de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. Las sentencias dictadas en la instancia y en particular la que ahora es objeto de recurso efectúan un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los términos precisados en las propias resoluciones. Y por las razones expuestas, no cabe apreciar que se hayan infringido los artículos 216 (principio de justicia rogada) y 218 (congruencia de las sentencias) LEC, por cuanto la sentencia recurrida se ajusta a las peculiaridades que en esta materia de protección de consumidores impone el Derecho de la Unión Europea, huyendo de indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que

harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad propios de dicha normativa comunitaria.

Segundo motivo.-

Planteamiento :

Se formula al amparo del art. 469.1.3º LEC, por infracción del art. 456.1 LEC, en su modalidad de vulneración del principio de contradicción. En su desarrollo se argumenta que la Audiencia ha resuelto introduciendo una cuestión nueva -la falta de transparencia- no planteada por las partes en la demanda y contestación.

Decisión de la Sala :

1.- En primer lugar, hemos de dar por reproducido lo indicado al resolver el motivo anterior, en cuanto resulta aplicable a esta cuestión. Y en segundo término, hemos de remitirnos a la imperatividad del control de oficio de las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores *"tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"* , por varios argumentos básicos: A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Imanol Teodulfo): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de

oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro): *"...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores..."* .

2.- La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 -VB Pénzügyi Lízing- apartado 56; de 14 de junio 2012 -Banco Español de Crédito S.A.- apartado 44; de 21 de febrero de 2013 -Banif Plus Bank Zrt- apartado 24; y de 14 marzo 2013 -Ruben Roman- apartado 4). En consecuencia, dado que la mera lectura de los escritos de interposición de los recursos de apelación por las entidades bancarias ahora también recurrentes y de los escritos de oposición a los recursos de apelación formulados por la OCU y el Ministerio Fiscal, permite advertir sin género de dudas que existió contradicción sobre la validez de la cláusula suelo controvertida y que se trató su comprensibilidad real para los consumidores, no cabe hablar de infracción del principio de contradicción. En particular, el Ministerio Público planteó expresamente en su recurso de apelación la falta de transparencia de la cláusula y el "Banco Popular, S.A." al oponerse a dicho recurso contó con todas las posibilidades para defenderse y ofrecer sus argumentos al tribunal de apelación. Por lo que, garantizados y respetados los principios de audiencia y contradicción, este segundo motivo también debe perecer.

b) **Tercer motivo.-**

Planteamiento :

Se ampara en el art. 469.1.4º LEC, en relación con el art. 24 CE, por valoración absurda, arbitraria e ilógica de la prueba relativa a la transparencia de la cláusula suelo. De manera resumida, se basa el motivo fundamentalmente en que en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria la cláusula controvertida es suficientemente clara y comprensible por sí misma.

Decisión de la Sala :

1.- Formulado así, el motivo es directamente rechazable, puesto que el recurso extraordinario por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero, que la valoración de la prueba corresponde en principio al tribunal de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003, 276/2006, 64/2010 y 138/2014; y de esta Sala 635/2012, de 2 de noviembre, 223/2015, de 29 de abril, y 313/2015, de 21 de mayo, entre otras muchas).

En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a la fijación de los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que la cláusula controvertida, relativa a la limitación de la variabilidad del interés remuneratorio de los préstamos con garantía hipotecaria, no supera el control de transparencia exigible a una condición general de la contratación incluida en un contrato celebrado con consumidores; cuestión que excede manifiestamente de este tipo de recurso extraordinario.

2.- Así pues, no cabe apreciar que la sentencia recurrida haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que no se limita a la

interpretación literal y meramente gramatical de la cláusula litigiosa, sino que la relaciona con toda la previsión contractual sobre el interés variable, en correcta aplicación del canon hermenéutico de la totalidad, como prevé el artículo 1.285 del Código Civil. En su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico la cláusula supera o no el control de transparencia, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, *"No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del* ordinal 4º del art. 469.1 LEC*, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (* Sentencias 432/2009, de 17 de junio*;* 196/2010, de 13 de abril*;* 495/2009, de 8 de julio*;* 211/2010, de 30 de marzo*; y* 326/2012, de30 de mayo*), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial".*

Razones por las cuales, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto al resolver el recurso de casación, este tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

c) **Cuarto motivo.-**

Planteamiento :

El último motivo de infracción procesal se fundamenta en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218.2 LEC (motivación de las sentencias). Resumidamente, en su desarrollo se denuncia que, más allá del enjuiciamiento de unos hechos concretos, la sentencia hace una remisión a la fundamentación de la STS de 9 de mayo de 2013, y se refiere a unos hechos y causa de pedir alejados a las cláusulas esta entidad y en muchos casos en contradicción a éstas, como son las referentes a BBVA.

Decisión de la Sala :

1.- Basta con leer la sentencia recurrida para constatar que ello no es así. Ciertamente, se hace una extensa remisión a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto que fue la primera de esta Sala que abordó el problema de la validez de las denominadas cláusulas suelo; y en la fecha que se dictó la sentencia ahora revisada, la única que todavía habíamos dictado. Pero junto a estas remisiones, detalladas y extensas, se trata específicamente la cláusula controvertida, sin que se aprecie tacha alguna en que se haga de forma relacionada con la utilizada por la otra parte demandada, "BBVA", por cuanto ambas condiciones generales de la contratación presentaban similitudes evidentes y se referían a una misma problemática fáctica y jurídica.

2.- Como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo, tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación; máxime si, como sucede en este caso, tras dicha apoyatura jurisprudencial, se analiza en concreto la cláusula que es objeto de litigio.

TERCERO.- RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN

PROCESAL DEL "BBVA, S.A.".-

a) **Primer motivo.-**

Planteamiento :

El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal del "BBVA" se fundamenta en el art. 469.1.4º LEC, por vulneración del principio de contradicción, por

cuanto la entidad bancaria no habría podido defenderse del segundo control de transparencia de la cláusula suelo.

Decisión de la Sala :

En la medida que este motivo coincide básicamente en su formulación con los argumentos del primer y segundo motivos de infracción procesal de la otra entidad recurrente, a fin de evitar inútiles repeticiones, nos remitimos, para su desestimación, a lo expresado más arriba para resolverlos.

b) **Segundo motivo.-**

Este motivo se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, por inaplicación del art. 114.3 Ley Hipotecaria y la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, al enjuiciar la validez de la cláusula del interés de demora.

Sin embargo, hemos de advertir que el motivo no suscita realmente una cuestión abordable en el recurso de infracción procesal, en tanto que no plantea la infracción de normas procesales, sino de normas sustantivas. Por ello, es propio del recurso de casación, por cuanto se refiere a la aplicación temporal de una norma sustantiva, lo que debe conllevar directamente su desestimación.

CUARTO.- RECURSO DE CASACIÓN DEL "BANCO POPULAR, S.A.".-

a) **Primer motivo.-**

Planteamiento :

Se formula con fundamento en el art. 477.1 LEC, por omisión de la ley aplicable y preterición de las fuentes del derecho con infracción del art. 1.1 y 1.7 C.C.

En su desarrollo se argumenta que la entidad bancaria prestamista que cumple con los requisitos de "transparencia simple" no puede incumplir los requisitos de "transparencia cualificada", ya que no existen estándares o exigencias de cumplimiento que excedan de los que constan en la normativa sectorial bancaria. Por esta razón, según la recurrente, se vulnera, a través de una interpretación *contra legem,* el artículo 1 CC que establece el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; y correlativamente, la obligación de jueces y tribunales de atenerse a tal sistema de fuentes en el ejercicio de su función jurisdiccional. Se aduce que no existe pronunciamiento alguno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del que derive esta exigencia de transparencia, ni tampoco hay en el Derecho español un determinado deber de transparencia, sino tan solo requisitos de incorporación de las condiciones generales y su eventual carácter abusivo derivado del artículo 80.1 TRLGDCU.

Decisión de la Sala :

1.- La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de esta Sala 1ª números 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre;

138/2015, de 24 de marzo; y 139/2015, de 25 de marzo; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril; ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria ("cláusulas suelo"). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado 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 prestación. 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.

2.- El art.4.2 de la Directiva1993/13/CEE, de 5 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.

Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « *conforme a la Directiva93/13/CEE y a lo declarado por* esta Sala en la Sentencia 406/2012, de18 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 subrepticiamente 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 Directiva1993/13/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 subrepticiamente 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.

3.- Las citadas sentencias de esta Sala han basado 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 losarts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme alart. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado 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* ».

4.- 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 gramaticalmentepara 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: «de 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)* ».

5.- Como consecuencia de lo expuesto, no cabe apreciar que la sentencia apelada haya vulnerado en modo alguno el sistema de fuentes previsto en el artículo 1 del Código Civil, ni que haya impuesto a la entidad recurrente un control de validez de la

cláusula suelo que no estuviera prevista ni en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ni en el español. Lo que supone la desestimación del motivo.

b) **Segundo motivo.-**

Planteamiento :

Este motivo se plantea conforme al art. 477.1 LEC, por infracción del art. 82 TRLGCU y la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 9-5-2013 (parágrafos 229 y ss.).

En el desarrollo del motivo se denuncia que la sentencia no declare la nulidad de la cláusula suelo por la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, sino que directamente declare la nulidad por no superar el control de transparencia.

Decisión de la Sala :

1.- El motivo desenfoca lo establecido por la doctrina de esta Sala (la sentencia que expresamente se cita como infringida y las demás que hemos citado). La cita parcial de un párrafo del apartado 229 y de otro del apartado 250 de la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, no lleva a concluir lo pretendido por el recurrente, en el sentido de que, una vez determinado que la cláusula suelo controvertida no superaba el denominado doble control de transparencia, la sentencia tendría también tendría que haberse pronunciado sobre el desequilibrio, a fin de poder declarar la nulidad.

2.- La sentencia recurrida afirma que la mencionada cláusula, pese a su comprensibilidad gramatical, no supera el control de transparencia, puesto que con independencia de la prestación del consentimiento por parte de los prestatarios y de su reflejo en la correspondiente escritura pública, no garantizaba que los mismos pudieran tener conocimiento efectivo del coste del contrato y, en particular, de que el interés que aparentemente era variable, realmente no era sino un interés fijo variable al alza en

función de las oscilaciones del mercado, pero nunca inferior a dicho tope mínimo. De donde se desprende, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, que, no rebasando la condición general de la contratación puesta en entredicho el control de abusividad, en los términos expuestos, debe declararse su nulidad, conforme a los artículos 8.2 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Por lo que no cabe apreciar infracción normativa alguna en la sentencia en cuanto a las consecuencias de dicha declaración.

3.- A mayor abundamiento, a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista. Como dijimos en la Sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo *"[e]l cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente".* Así como que "[*l*]*a transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".*

En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo). En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo, tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos

esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no.

4.- En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": "*(las) propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato".* La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que *"convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)"* . Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente.

c) **Tercer motivo.-**

Planteamiento :

Tiene amparo en el art. 477.1 LEC, por infracción del art. 80 TRLGCU y la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 9 de mayo de 2013 (parágrafos 211 y 212).

Se argumenta básicamente que la sentencia recurrida aplica los parámetros de la sentencia de esta Sala citada como infringida de forma automática, sin reparar en que la cláusula utilizada por el "Banco Popular, S.A." es diferente a las cláusulas a las que se refirió dicha resolución y, específicamente, a la utilizada por el "BBVA".

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.

Además resulta relevante la fijación de un mínimo de significativa cuantía (4,50%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés.

Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.

La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropiamente 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.»

2.- De la mera lectura de lo transcrito, se aprecia que la argumentación del tribunal de apelación se ajusta plenamente a los criterios jurisprudenciales expuestos y que, en contra de lo afirmado en el motivo, hace un enjuiciamiento individualizado de la cláusula utilizada por el banco recurrente, sin confundirla o entremezclarla con las utilizadas por otras entidades.

Podemos coincidir con el recurrente en que la cláusula suelo utilizada por el "Banco Popular" es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, incluida la que en este caso compareció como codemandada. Pero como acertadamente advierte la Audiencia Provincial no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en el 4,50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Además, como también indica la resolución recurrida, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo (el 4,50%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza.

d) Decisión de la Sala sobre el recurso de casación del **"Banco Popular, S.A.":**

Como consecuencia de todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso de casación interpuesto por dicha entidad, con las consecuencias a ello inherentes.

QUINTO.- RECURSO DE CASACIÓN DEL "BBVA, S.A.".-

a) **Preliminar**

Este recurso de casación, con buena sistemática, va desgranando los distintos motivos de casación en función de la condición general de la contratación o cláusula contractual cuya nulidad se declara en la sentencia recurrida. De tal manera que de los nueve motivos, uno corresponde a la cláusula suelo; tres a la cláusula de intereses moratorios en los contratos de préstamo hipotecario; dos a la cláusula relativa al vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario; uno a la cláusula de gastos de los contratos de préstamo hipotecario; uno a la estipulación relativa al destino profesional o empresarial del bien hipotecado incluida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria; y uno a la estipulación primera de las condiciones específicas del servicio de contratación telefónica BBVA.

Sistemática y orden de planteamiento que también seguiremos en su resolución.

b) **Primer motivo (referido a la cláusula suelo).-**

Planteamiento :

Se formula al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 8.2 y 82.1 TRLGCU, así como de la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 241/2013, de 9 de mayo.

Decisión de la Sala. Apreciación de cosa juzgada .

1.- La referida sentencia de esta Sala nº 241/2013, de 9 de mayo, estableció en el apartado 7º de su Fallo: *"Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia"* . A su vez, dentro de tales apartados, se incluían las siguientes cláusulas suelo utilizadas por el BBVA (parte condenada en dicha resolución):

a) *El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominalanual.*

b) *En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual.*

c) *En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés".*

2.- A su vez, la sentencia de esta Sala nº 139/2015, de 25 de marzo, en un supuesto de acción individual, confirmó la nulidad de una cláusula suelo de "BBVA" del siguiente tenor: *"En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresadosanteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual".* Es decir, una estipulación idéntica a la modalidad "b" antes transcrita.

3.- Asimismo, la sentencia 222/2015, de 29 de abril, también en un caso de acción individual, confirmó la nulidad de la siguiente cláusula utilizada por "BBVA": " *En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al dos con veinticinco (2,25) por ciento, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince (15) por ciento nominal anual".*

4.- La cláusula suelo utilizada por el "BBVA" que fue declarada nula por la sentencia ahora recurrida dice: *"En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL".*

Esta condición general es idéntica a la tratada en la sentencia 222/2015.

5.- Como recordamos en la citada sentencia nº 139/2015, de 25 de marzo, la sentencia de 9 de mayo de 2013 condenó a BBVA a eliminar las antedichas cláusulas de los contratos. Y en el parágrafo 300 de esta última resolución dijimos expresamente que los efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las *"cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos."*

Y según hemos visto, la afectada por el fallo de la sentencia ahora recurrida es igual a la del apartado "b" antes transcrito, salvo que el tipo inferior límite (suelo) era del

2,25% y no del 2,50%. Pero a su vez, esta cifra del 2,25%, al igual que el resto de la estipulación, es la misma que figura en la cláusula tratada por la sentencia 222/2015. La identidad objetiva se individualiza a través del *petitum* ("lo que se pide") y de la causa de pedir ("con qué título o fundamento se pide"). Y en este caso, en las diversas sentencias citadas, coinciden esos dos elementos.

De donde cabe concluir que existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada, conforme al art. 222, apartados 1, 2 y 3, LEC.

Lo que debe conducir a la desestimación del motivo sin mayores consideraciones.

c) **Segundo motivo (intereses moratorios en los préstamos hipotecarios)**

Planteamiento:

1.- Se residencia el motivo en el art. 477.1 LEC, por infracción del art. 114.3 de la Ley Hipotecaria y la Disposición Transitoria 2ª de la Ley

1/2013, en cuanto regulan la limitación legal al tipo pactado para los intereses moratorios en los contratos de préstamo hipotecario.

La cláusula declarada nula es del siguiente tenor:

"Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y

se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª".

2.- Tras justificar el interés casacional en que las normas citadas como infringidas llevan menos de cinco años en vigor, se argumenta que la sentencia no ha tenido en cuenta los máximos legales previstos en las mismas, al extender la declaración de nulidad a la totalidad de la cláusula; así como que ese máximo legal imperativo impediría la abusividad en abstracto de un determinado tipo de interés.

Decisión de la Sala : 1.- La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

2.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la " *imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones"* , en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.

3.- Así, el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH, al decir:

«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otramodificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,.... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 *(al)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también hareconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del* art. 6, apartado 1, de la Directiva93/13 *y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"».*

4.- Y la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: *«Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del* art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 *y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la*

declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».

5.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, al decir: *«[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el* art. 1258 del Código Civil*, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».*

Asimismo, el antes referido Auto TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto:

«...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoriasegunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto- ley 6/2012 *se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del* art. 1108 del Código Civil *se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios.*

Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

Los arts. 6, apartado 1*, y* 7, 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:*

- no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y

- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».

6.- Y por si ello fuera poco, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: *«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del* art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- *de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».*

En cuanto que la sentencia recurrida no se aparta de las conclusiones establecidas tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la nacional, este motivo de casación debe ser desestimado.

d) **Tercer motivo (intereses moratorios de los préstamos hipotecarios).-**

Planteamiento:

Se formula con carácter subsidiario, a tenor del art. 477.1. LEC, por infracción de los arts. 85.6 y 82.1 TRLGCU, en relación con la abusividad de los intereses de demora pactados en los contratos de préstamo hipotecario de la entidad recurrente.

De forma resumida, se argumenta que la sentencia de la Audiencia Provincial se centra en el carácter resarcitorio o indemnizatorio del interés de demora y sitúa el enjuiciamiento de la abusividad en el artículo 85.6 TRLGCU (cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones); olvidando su naturaleza sancionadora, que conduciría a enjuiciar esta cláusula conforme al artículo 82.1 TRLGCU (desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato). Así como que no se han tomado en consideración los criterios establecidos por la STJUE de 14 de marzo de 2013 -caso Aziz-, sobre la necesidad de tener en cuenta las normas dispositivas del Derecho nacional y la habitualidad del tipo pactado -19%-, cuando se celebró el contrato.

Decisión de la Sala :

1.- Cuando se trata de obligaciones dinerarias, no cabe la imposibilidad definitiva de cumplimiento, sino sólo la demora; de tal manera que la indemnización que haya de abonarse por la misma responderá a la cobertura del daño por el retraso en función del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo. Como dijimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo

tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: *«Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones».*

2.- Dado que el recurrente se refiere a las normas dispositivas de Derecho nacional, nuevamente resulta pertinente la cita del tan mencionado auto TJUE de 11 de junio de 2015, en cuanto distingue entre las normas "especiales" previstas para los préstamos hipotecarios, introducidas por la Ley 1/2013, y la norma "general" constituida por el art. 1.108 del Código Civil. Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

3.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

Desde este punto de vista, no se aprecia que la sentencia recurrida haya infringido las normas jurídicas que se citan en el motivo, que por ello ha de ser desestimado.

Cuarto motivo (intereses moratorios de los préstamos hipotecarios).-

Planteamiento :

Se enuncia también con carácter subsidiario, al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción del principio de conservación de los contratos y de la doctrina jurisprudencial establecida en las SSTS 827/2012, 140/2013, 832/2008 y 401/2010.

Pese a que las mencionadas sentencias se refieren en términos más generales a la conservación del negocio jurídico y a la nulidad parcial del contrato cuando el mismo podría subsistir sin la estipulación declarada nula, realmente, el recurso se está refiriendo a la nulidad de otro aspecto del pacto de intereses distinto a su importe, como el de la capitalización de intereses o anatocismo.

Decisión de la Sala :

A tal efecto, no puede obviarse que el pacto de anatocismo no es autónomo, sino que tiene su virtualidad en la previa existencia de un pacto sobre los intereses

moratorios. De tal manera que, declarada la nulidad de la estipulación principal, dicha declaración "arrastra" la validez de la estipulación accesoria, que no puede subsistir independientemente.

e) **Quinto motivo (vencimiento anticipado).-**

Planteamiento :

1.- Se formula a tenor del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1.157 y 1.169 CC, en relación con la doctrina jurisprudencial establecida en las SSTS 792/2009, 1124/2008 y 506/2008.

En síntesis, se aduce que el vencimiento anticipado previsto para el supuesto de incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago es válido, al concurrir justa causa. Además, se añade que el modo en que se aplique la cláusula no es controlable en un procedimiento en que se ha ejercitado una acción colectiva, al escapar del control abstracto del propio juicio de abusividad y enmarcarse en el análisis de los límites al ejercicio de los derechos que regula el artículo 7.2 CC. En cualquier caso, la cláusula sería legal al ser conforme con los artículos 1157 y 1169 CC, en orden a la integridad del pago y la posibilidad del acreedor de oponerse a recibir una prestación que sólo sea parcial.

2.- La cláusula cuestionada dice: *"No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses".*

Decisión de la Sala :

1.- En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del

vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el art. 1255 CC, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos *"cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"*

A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011, señalamos:

« Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio*, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo*

1999) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 *y* 1129 del Código Civil*, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala,*

con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 *y también,en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000».*

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio, precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo.

Y en la sentencia 470/2015, de 7 de septiembre, a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, establecimos que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13).

2.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: *«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en unperíodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida*

anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual -art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar

a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que *"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"* ; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 *debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del* artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- *de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".*

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

5.- La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para

obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redunda en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

6.- Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos

del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC, éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682-2-1ª LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo.

7.- De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.

f) **Sexto motivo (cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios).**

Planteamiento :

Fundado en el art. 477.1 LEC, por infracción del principio de conservación de los contratos y la doctrina jurisprudencial establecida en SSTS 827/2012, 140/2013, 832/2008 y 401/2010.

Se formula con carácter subsidiario, y resumidamente se postula la posibilidad de que se declare la validez de la cláusula suprimiendo el término "cualquiera" referido a una parte del capital o de sus intereses, de forma que su redacción, eliminada dicha posibilidad sería similar a lo previsto en el artículo 693 LEC vigente cuando se redactó.

Decisión de la Sala :

En este motivo, aun sin proclamarlo expresamente, la parte está solicitando del tribunal que proceda a la integración del contrato. Y como hemos recordado en diversas resoluciones, verbigracia la sentencia 470/2015, de 7 de septiembre, por citar solo alguna de las más recientes, *"La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el* art. 1258 del Código Civil*, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor... [C]omo se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE".*

g) **Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).-**

Planteamiento :

1. **-** Amparado en el art. 477.1 LEC, denuncia infracción del art. 89.3 TRLGCU.

En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH, los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario.

2.- La cláusula cuestionada es del siguiente tenor:

" *Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.*

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, seconsiderará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9ª".

Decisión de la Sala :

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto *"La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables"* (numero 2º), como *"La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario"* (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía

hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el

concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro

corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del

contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC.

h) **Octavo motivo (cláusula del destino profesional o empresarial del bien hipotecado).**

Planteamiento :

1.- Formulado conforme al art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 82.1, 85 y 88.1 TRLGCU.

En su desarrollo, se argumenta que esta cláusula no constituye la garantía de ninguna obligación y en consecuencia no entra en el supuesto normativo del artículo 88.1 TRLGCU. Se aduce, asimismo que el cambio de destino del inmueble de vivienda a una actividad profesional o empresarial no solo supone un cambio en los elementos esenciales del contrato, sino que modifica el régimen legal aplicable. En concreto, se sostiene que este cambio supone una alteración de las bases del contrato y afecta a su régimen legal, ya que implica un cambio en la relación entre el valor del inmueble y el importe de financiación mediante préstamo, dado que se prohíbe otorgar préstamos por importe superior al

60% del valor de tasación, con excepción de la vivienda habitual que llega al 80%, y en relación a ésta última, el artículo 114.3 LH establece una limitación al interés de demora garantizado. En cualquier caso, la negativa al cambio estaría sujeta a un control judicial por posible abuso de derecho. Por último, se arguye que esta cláusula representa un equilibrio razonable en los derechos y obligaciones de las partes a la vista del perjuicio que se puede ocasionar al prestamista por la necesidad de realizar

provisiones por insolvencia que permitan "contra garantizar" la depreciación del bien hipotecado.

2.- La cláusula tiene el siguiente contenido:

"La parte prestataria deberá destinar el importe del préstamo, junto con los recursos propios que sean necesarios, a la adquisición onerosa de la vivienda que luego se describe, que constituye su residencia habitual.

La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco".

Decisión de la Sala :

Nuevamente nos encontramos ante una condición general que por su falta de precisión y su indeterminación deja al completo arbitrio del prestamista su interpretación. Por ejemplo, nada prevé respecto de situaciones más que posibles en que un profesional desempeñe su actividad en el mismo inmueble donde tiene su domicilio. Por tanto, aunque una determinación razonable de los casos en que esta prohibición pudiera tener fundamento (como se argumenta en el recurso de casación) posibilitaría la validez de la correspondiente cláusula o cláusulas que contemplaran tales supuestos, la generalidad e indeterminación con que está redactada la cláusula impugnada no puede conducir más que a su declaración de abusividad, como correctamente concluye la sentencia recurrida, a tenor de los arts. 82.1, 85 y 88.1

TRLGDCU.

Es más, llevada a sus últimas consecuencias, la cláusula incluso impediría al prestatario un cambio de residencia, en contravención de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución.

i) **Noveno motivo (cláusula 1ª de las condiciones específicas del servicio de contratación telefónica BBVA.**

Planteamiento :

1.- También al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 89.1 y 88.2 TRLGCU.

En su desarrollo, se argumenta que la contratación telefónica prevista en ningún caso implica prueba alguna de que el consumidor haya aceptado las condiciones del contrato, sino que parte de que se haya realizado previamente dicha comunicación y no se libera al banco de la carga de la prueba de esta comunicación.

2.- La cláusula es del siguiente tenor:

"El Banco podrá ofertar al Titular la formalización de contratos y servicios mediante llamada telefónica a cualquiera de sus números de teléfono, fijos o móviles, que figuren en los registros del Banco.

El Titular podrá aceptar la oferta del Banco mediante el contacto telefónico con el Banco. La aceptación de la oferta a través del referido contacto telefónico equivaldrá a todos los efectos a la firma manuscrita del Titular, y supondrá que el Titular ha recibido las condiciones particulares del mismo y que las acepta en su totalidad. Los correspondientes contratos se entenderán formalizados a partir del momento en que se produzca dicha aceptación. Todo ello sin perjuicio de cualquier otra documentación que el Titular y el Banco pudieran suscribir recogiendo la aceptación por el Titular de las condiciones contractuales".

Decisión de la Sala :

El motivo no merece mayor análisis, pues basta con la lectura de la condición general para comprobar que se opone a lo dispuesto en los artículos 6 a 9 de la Ley

22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En concreto, omite la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales, y no hace mención a su remisión y recepción, que parece dar por supuesta, al referirse solo a las condiciones particulares. De donde resulta la vulneración de los arts. 88.2 y 89.1 del TRLGDCU en relación con elartículo 17 de la Ley 22/2007, al imponer al consumidor una manifestación de conformidad tácita con la recepción de unas condiciones generales y particulares que podría no haber recibido previamente y entrañar una inversión de la carga de la prueba sobre unos extremos cuya acreditación debería corresponder al banco.

j) **Recapitulación. Decisión sobre el recurso de casación delBBVA.**

En consonancia con todo lo expresado en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de desestimarse el recurso de casación formulado por el BBVA.

SEXTO.- Costas y depósitos.-

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1

LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

F A L L A M O S

1.- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por "Banco Popular Español, S.A." y "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el recurso de apelación núm. 161/12.

2.- Imponer a las expresadas partes recurrentes las costas de tales recursos, así como la pérdida de los depósitos constituidos al efecto.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz Pedro José Vela Torres

T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

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

Introducción, contexto valorativo de la discrepancia y planteamiento metodológico del voto particular formulado.

PRIMERO.- 1.Introducción.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados y compañeros de Sala debo indicar, desde ahora, que el voto particular concurrente que formulo, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial de la cuestión objeto de examen, se realiza desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de abusividad, y su conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales.

Esta cuestión, es de suma trascendencia para la correcta comprensión del fenómeno jurídico en toda la integridad o unidad que presenta pues, sin duda, en la naturaleza y alcance del control de abusividad, como control de legalidad en orden a la valoración de la eficacia resultante de la reglamentación predispuesta, radica la "especialidad" de la contratación bajo condiciones generales como auténtico "modo de contratar", diferenciado del modelo del contrato por negociación. Calificación ya otorgada por esta Sala en numerosas sentencias, entre otras, SSTS de 18 de junio de 2012 (núm. 464/2014).

La centralidad de esta cuestión en el estudio del fenómeno jurídico comporta, a su vez, que su correcta comprensión no sólo sirva para la necesaria tuición del adherente, parte débil en el contexto de este modo contratar, sino también para la mejor defensa y equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este importante sector del tráfico patrimonial. Desde el incremento de la seguridad jurídica hasta la mejora de la competencia a través de la "calidad de negociación" de la reglamentación predispuesta, pues la cláusula abusiva constituye, per se, el hecho determinante de la lesión de estos bienes e intereses jurídicos objetos de tutela; de ahí el deber de suprimirlas y expulsarlas del tráfico patrimonial.

Por otra parte, y en el marco de estas líneas introductorias, debo indicar que la formulación de este voto particular también responde a un compromiso de coherencia interna con la doctrina que he sustentado, desde el principio, a la hora de abordar este complejo fenómeno jurídico, claramente reconoscible en la sentencia citada de 18 de

junio de 2012. Por lo que el desarrollo de la fundamentación técnica que acompaña a este voto particular, dada la unidad y sistematización señalada del fenómeno, guarda una estrecha y necesaria razón de lógica-jurídica con los anteriores votos particulares formulados en el ámbito de esta materia. Principalmente respecto del voto particular de la Sentencia de 25 de marzo de 2015 (núm. 139/2015), a propósito del control de transparencia y la razón de ineficacia contractual derivada del ejercicio de una acción individual de impugnación. Pero también, y con igual oportunidad y fundamento, con el que anteriormente formulamos varios Magistrados a las sentencias de esta Sala de 15 y 21 de abril de 2014 (números de recursos 2274 y 1228, respectivamente, relativas al denominado caso "Polaris Word"), respecto de la necesaria autonomía que presenta el control de abusividad, y su valoración o control de la reglamentación predispuesta, con relación al momento de la celebración del contrato, sin que pueda extenderse o condicionarse dicha valoración al momento o plano diferenciado de la ejecución o cumplimiento que resulte del contrato.

2. Contexto valorativo de la discrepancia. La naturaleza y alcancedel régimen de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y su consiguienteincidencia en el sobreseimiento del procedimiento de ejecución dela garantía hipotecaria .

El voto particular que se formula no cuestiona el fallo de la sentencia, de ahí su carácter concurrente, pues apoya decididamente la desestimación de los recursos interpuestos por los recurrentes y, con ella, la calificación de abusiva de la cláusula predispuesta que configura el vencimiento anticipado de la obligación. Abusividad que la sentencia de la Audiencia valora de forma muy correcta y cumplida.

El voto particular, por tanto, no cuestiona el resultado de la abusividad declarada, ni la amplitud de los criterios interpretativos que resulten aplicables para alcanzar dicha valoración o calificación [fundamento de derecho quinto de la sentencia, "apartado e) quinto motivo (vencimiento anticipado)", números 1 a 3 de la "Decisión de la Sala"], sino la doctrina jurisprudencial que sienta, tras haber declarado la nulidad de la cláusula y su consiguiente inaplicación, en favor de la procedencia en estos casos de la

continuidad del proceso de ejecución conforme a la aplicación del artículo 693. 2 LEC (número 4 de la "Decisión de la Sala").

Dicha doctrina jurisprudencial, de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este ámbito.

3. Planteamiento metodológico del voto particular. Delimitación delos planos de valoración.

Conforme a la finalidad enunciada, el voto particular estructura su hilo discursivo de acuerdo a un planteamiento metodológico que discurre inicialmente desde la mayor abstracción que refieren las perspectivas analíticas, que configuran conceptualmente la naturaleza y alcance del control de abusividad, hasta alcanzar perspectivas más concretadas o detalladas propias del contexto interpretativo objeto de análisis y, sobre todo, de la doctrina jurisprudencial del TJUE aplicable en esta materia.

Las conclusiones que se obtienen del correcto planteamiento metodológico resultan frontalmente contrarias a la doctrina jurisprudencial que desarrolla la sentencia en aspectos conceptuales claves o esenciales de la cuestión planteada. Aspectos metodológicos que llevan a la necesaria diferenciación de los distintos planos valorativos que subyacen en la dinámica de aplicación del control de abusividad y, a su vez, a establecer con claridad el fundamento que justifica, en su caso, que pueda operarse una integración contractual consistente en que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional. Fundamento que condiciona, en todo caso, a que dicha integración se opere sólo en beneficio de los intereses del consumidor adherente.

Así, respecto de la necesaria diferenciación señalada hay que distinguir de una parte, el plano pertinente a la calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Plano que compete a los jueces y tribunales nacionales y cuyo ámbito conceptual permite la labor interpretativa a tales efectos. Con la posible aplicación de un elenco flexible de criterios de valoración según las circunstancias del caso, bien referenciados en la propia doctrina jurisprudencial del TS o TJUE, o bien inferidos de la propia legislación nacional (caso del artículo 693. 2 LEC). Plano que la sentencia aplica correctamente cuando precisamente, con cita de la STJUE de 14 de marzo de 2013, tiene en cuenta los criterios previstos en el artículo 693.2 LEC para valorar el carácter abusivo de la cláusula del vencimiento anticipado (apartado 2 de la "Decisión de la Sala").

Sin embargo, y de otra parte, este plano valorativo de calificación del carácter abusivo de la cláusula debe diferenciarse, nítidamente, del plano pertinente a las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión, propiamente dicho. Plano cuyo objeto es el régimen de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad y cuyo ámbito conceptual no permite la anterior tarea interpretativa, pues su aplicación queda conformada por la propia norma que ya refiere, imperativamente, el alcance o efectividad de dicho régimen de ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas.

Consecuentemente, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, que la presente sentencia cita, pero desvirtúa en el fondo, sólo autoriza que pueda operarse excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva, por una disposición supletoria de Derecho nacional (caso del artículo 693.2 LEC), cuando dicha integración, conforme a la finalidad y al efecto disuasorio perseguidos por la Directiva 93/13, y afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de éste sólo en beneficio de los intereses del consumidor adherente. En términos de la propia sentencia citada del TJUE, apartado 83: "En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (restitución del capital prestado), de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse".

Como se observa fácilmente, planteamiento completamente opuesto a la integración que realiza la sentencia de esta Sala en el presente caso, en donde dicha integración, sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la aplicación del artículo 693.2 LEC, sólo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria. Pues el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, hipótesis que valoraba la citada sentencia del TJUE, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Precisamente, si se analiza con detenimiento este deslinde de los planos valorativos, se observa que este plano del régimen de ineficacia, como expresión de una plena "desvinculación" del consumidor con los efectos de la cláusula declarada abusiva, constituye la "especialidad" tuitiva que incorpora el control de abusividad en el marco de los consumidores, pues la exigencia de que concurra una "justa causa" que justifique el vencimiento anticipado de la obligación, como criterio de valoración, resulta aplicable a todo contrato o procedimiento de ejecución que se deriven del mismo. De ahí, su alcance de "orden público económico" en la interpretación de la Directiva 93/13 respecto de la efectividad de dicho régimen de ineficacia sobre los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva.

El régimen de ineficacia de la cláusula abusiva como parte integrante del orden público económico y de la razón de efectividad del control de abusividad. Consideraciones centrales y complementarias.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de este voto particular no tiene en cuenta esta necesaria delimitación de los planos que concurren en la dinámica del control de abusividad. De forma que, tras confirmar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, y su correspondiente nulidad e inaplicación, declara que "habrá

que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC". Con la consiguiente continuación de todos aquellos procesos de ejecución hipotecaria que, aun contando con la cláusula declarada abusiva, caigan dentro de la previsión del citado precepto (tres plazos mensuales de impago, o un número de cuotas impagadas que suponga el incumplimiento de la obligación por un plazo, al menos, equivalente a los tres meses). Pasando, a continuación, a justificar esta doctrina señalando que esta decisión resulta: "conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho del TJUE en el auto de 11 de junio de 2015".

En nuestra modesta opinión, como ya se ha señalado, esta doctrina jurisprudencial desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad y choca frontalmente con la doctrina jurisprudencial del TJUE en esta materia.

Con relación a los aspectos indicados, conviene exponer las principales objeciones que se infieren de las perspectivas analíticas que conceptualmente vienen a configurar la naturaleza y alcance del control de abusividad. A modo de síntesis, pueden resaltarse las siguientes consideraciones.

1. El régimen de ineficacia derivado del control de abusividad como parte integrante del orden público económico. El principio de **efectividad del** artículo 6 de la Directiva 93/13 **.**

La objeción, de por sí concluyente, que debe destacarse en el marco de referencia que ofrecen estas perspectivas de análisis es que el régimen de ineficacia, que se deriva de la declaración de abusividad de la cláusula, constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del concepto de orden público económico, pues proyecta el "principio de efectividad" con el que ha de aplicarse, necesariamente, la Directiva 93/13; particularmente a tenor de lo dispuesto en su artículo sexto en donde, con claridad meridiana, se establece que las cláusulas abusivas "no vincularán" al consumidor. Desvinculación que está en la esencia del carácter sancionador de la ineficacia declarada y que, a su vez, informa la función disuasoria que también

descansa en el interés público que subyace en la declaración de abusividad de la cláusula.

Esta concepción, como fundamento de la objeción realizada, resulta incontestable a la luz de la doctrina jurisprudencial del TJUE que tiene declarado, reiteradas veces, que el artículo sexto de la directiva

debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tiene rango de normas de orden público. Entre otras resoluciones, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C 40/08 y de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, así como el ATJUE de 16 de noviembre de 2010.

En consecuencia, confirmando el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de la vigencia y aplicación de estos casos del artículo 693. 2 LEC constituye una infracción de una norma imperativa de la Directiva y, a su vez, una vulneración de la doctrina jurisprudencial del TJUE que, en el ámbito de su competencia (STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C 34/13), lo interpreta y desarrolla. De suerte, que la transposición del "principio de efectividad", con el valor de norma integrante del orden público económico, informa necesariamente a todo nuestro ordenamiento jurídico incluido, claro está, tanto la aplicación analógica realizada, como resultado de la misma, es decir, la aplicación del artículo 693.2 LEC. Que no puede resultar aplicable, paradójicamente, para la vulneración del citado principio dando lugar a una clara vinculación de la cláusula abusiva, de sus efectos y consecuencias, en perjuicio del consumidor adherente; consistente en la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria, que trae causa de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, en todos aquellos casos en donde dicha ejecución se ajuste a la previsión del citado precepto. Pues no cabe otra respuesta legal que no comporte el sobreseimiento del mismo, esto es, una desvinculación plena y absoluta respecto de las consecuencias jurídicas que se deriven directamente de la cláusula declarada abusiva.

2 . El concepto de "no vinculación" como e x presión de la ineficaciaresultante de la declaración de abusividad. Su proyección temporaly material sobre los efectos de la cláusula abusiva.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el fundamento de la objeción planteada encuentra un lógico desarrollo conceptual en la valoración de la naturaleza jurídica de la ineficacia resultante tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión; particularmente en atención al concepto de "no vinculación" que contempla el citado artículo 6 de la Directiva, en relación con el artículo 7 de la misma.

En efecto, este desarrollo ya ha sido objeto de interpretación por el TJUE que ha concluido, a tenor de la función tuitiva que lo informa, que su aplicación en los ordenamientos jurídicos nacionales debe "garantizar", en cualquier caso, que las cláusulas declaradas abusivas no vinculen o afecten en modo alguno a los consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C- 680/10). De forma que esta función garantista, en los términos expuestos, se consigue en aquellos regimenes jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la figura jurídica de la nulidad de pleno derecho (STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C- 472/10).

Este resultado interpretativo es el que sustento en mi anterior voto particular a la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2015 (núm. 139/2015). En donde se analiza el fenómeno de la ineficacia contractual en el plano del control de transparencia derivado del ejercicio de una acción individual de impugnación de la validez de la denominada "cláusula suelo", llegando a la conclusión de la necesaria eficacia "ex tunc" de la obligación de restitución de la entidad prestamista respecto de los intereses cobrados en exceso (fundamento de derecho tercero del citado voto particular).

Este mismo resultado de la interpretación es el que también defiende la Comisión Europea en su informe al asunto prejudicial C- 154/15 que trae causa de la citada sentencia de 25 de marzo de 2015. En dicho informe, la Comisión, de forma clara y resolutiva, argumenta que el concepto "de no vinculación", referido al artículo 6. 1 de la Directiva, y aplicado a la ineficacia derivada de la abusividad de la cláusula suelo:

"surte efectos ex tunc y no sólo desde la declaración de la abusividad de la cláusula en cuestión". Y señala que cualquier otra interpretación, caso de la ineficacia meramente "ex nunc", pondría en peligro el objetivo protector de la Directiva y la "vaciaría de contenido". De modo que la ineficacia resultante debe ser entendida conforme a la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el ordenamiento jurídico español, artículo 83 RDL 1/2007, Ley 3/2014, de 27 de marzo , Ley 7/1998, de 13 abril y artículo 1303 del CC.

Doctrinalmente, por tanto, hay que sustentar que la interpretación del concepto de "no vinculación" que contempla la Directiva no admite cualquier otra valoración que restrinja o condicione el alcance de su función protectora respecto del consumidor adherente. De forma que su proyección en la ineficacia derivada de la cláusula abusiva comporta, necesariamente, una "desvinculación plena" de los efectos y consecuencias jurídicas que directamente despliega la cláusula abusiva en el marco del contrato celebrado. Desvinculación plena que afecta tanto al ámbito "temporal" de la ineficacia resultante (desde el momento de la celebración del contrato), como al ámbito "material" de la misma, esto es, a la propia ineficacia del acto o negocio realizado cuya validez y eficacia traiga causa o se sustente directamente en la cláusula declarada abusiva. Caso, incuestionable, de la ejecución hipotecaria instada por el acreedor al amparo de la cláusula de vencimiento anticipado declarada judicialmente nula e inaplicable.

Cuestión distinta, a la aquí tratada, es que la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado comporte, indefectiblemente, el perjuicio de la garantía hipotecaria que, tras el sobreseimiento de la ejecución así planteada, podría solicitarse judicialmente en el proceso declarativo en donde se haga valer el incumplimiento definitivo del deudor.

3. Régimen de la ineficacia derivada y cumplimiento del contrato: sudebida diferenciación y proyección en el contrato accesorio degarantía hipotecaria.

Aunque la anterior objeción planteada, como se ha indicado, resulta por sí sola determinante o concluyente al respecto, no obstante, en la línea de la finalidad del voto

particular que se formula, es decir, la mejor comprensión del control de abusividad, también hay que tener en cuenta la debida diferenciación que procede realizar, a estos efectos, entre el plano propiamente dicho del régimen de ineficacia derivado y el plano del cumplimiento del contrato y, en su caso, de las circunstancias que acompañen el ejercicio de la garantía hipotecaria, supuesto objeto de análisis.

Esta diferenciación, también como se ha señalado, ya ha sido inicialmente tratada en los votos particulares que varios Magistrados formulamos conjuntamente las sentencias de esta Sala de 15 y 21 abril 2014 (caso "Polaris Word").

En síntesis, en dichos votos se argumenta que conforme a la naturaleza y alcance del control de abusividad, y a la doctrina jurisprudencial del TJUE que lo interpreta, particularmente de las SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013, entre otras, la valoración del posible carácter abusivo de la cláusula en cuestión no puede extenderse al plano de las circunstancias que acompañan el cumplimiento o ejecución del contrato, o a meras hipótesis inferidas del mismo, sino que debe ceñirse necesariamente al ámbito de las circunstancias concurrentes "en el momento de la celebración del contrato". A los efectos, precisamente, de ponderar tanto el carácter predispuesto de la cláusula en cuestión, como su posible carácter abusivo en el marco de la reglamentación predispuesta.

Esta consideración es igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa.

En efecto, así como las circunstancias que acompañan al cumplimiento del contrato (retrasos injustificados, incumplimientos parciales, etc.) no pueden ser tenidos en cuenta en el plano autónomo y diferenciado de la valoración del carácter abusivo de la cláusula, conforme a la valoración de la reglamentación predispuesta en el momento de la celebración del contrato, objeto propio del control de abusividad, tampoco las circunstancias concretas que acompañan el curso de la ejecución hipotecaria, al margen de su configuración en la cláusula predispuesta, y entre éstas las previstas en el artículo 693. 2 LEC, pueden ser valoradas en orden al régimen de ineficacia derivada que se aplica también de un modo autónomo y diferenciado respecto de los efectos

que directamente se derivan de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. Régimen de ineficacia que no puede atender o proyectarse sobre otras circunstancias distintas de las que configuraron la cláusula declarada abusiva. Consideración que no ha seguido la presente sentencia vulnerando con ello la doctrina jurisprudencial del TJUE, particularmente la contenida en su Auto de 11 de junio de 2015, que a continuación se analiza.

4. La declaración de abusividad de la cláusula del vencimientoanticipado y la aplicación del artículo 693. 2 LEC **. Contextointerpretativo: la incorrecta aplicación supletoria sustentada por laSentencia. El** ATJUE de 11 de junio de 2015 **.**

La sentencia de la Sala también debe ser objetada desde la perspectiva analítica, más detallada, de la clara incompatibilidad de la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC.

Esta aplicación supletoria del citado precepto no sólo resulta contraria a la lógica jurídica que informa la ineficacia de una nulidad de pleno derecho, sino también a la misma doctrina del TJUE en esta materia

Así, en primer lugar, hay que señalar que los supuestos de protección al consumidor, cuando se produce la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión, no dan lugar a una "laguna contractual", tal y como se infiere de la argumentación de la sentencia, sino a la aplicación imperativa de régimen de ineficacia derivado, esto es, al plano estricto de las consecuencias que comporta la nulidad de "pleno derecho" de la cláusula declarada abusiva. Se produce, por tanto, la consecuencia jurídica contraria a la que propugna la sentencia, es decir, no se habilita al juez nacional para que pondere dicha "laguna contractual", como si estuviéramos ante una cuestión pertinente al plano de la interpretación contractual del contrato por negociación, y hubiera que integrar el "vacío" dejado por la cláusula declarada abusiva, pues precisamente, y esto hay que resaltarlo dicha integración contractual es lo que se

prohíbe frontalmente como medida de protección específica del régimen de tuición del consumidor en este modo de contratar.

Tan es así, que la reciente Ley 3/2014, de 17 de marzo, siguiendo la doctrina del TJUE contemplada en su sentencia emblemática de 14 de junio de 2012, modificó el texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para subrayar, precisamente, esta consecuencia jurídica en su nuevo artículo 83. En donde se recalca la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, "que se tendrán por no puestas", y la vigencia del contrato siempre que pueda subsistir "sin dichas cláusulas". Borrando cualquier posibilidad de integración de los efectos derivados de las cláusulas abusivas. De ahí que sólo excepcionalmente, en los términos vistos de la STJUE de 30 de abril de 2014, se permita la integración contractual cuando resulte imprescindible para no perjudicar al consumidor por los efectos derivados de la nulidad del contrato.

En segundo lugar , con mayor rotundidad si cabe, el fundamento de esta aplicación supletoria también resulta contrario a la doctrina del TJUE en esta materia. En este sentido, la sentencia hace decir al ATJUE de 11 de junio de 2015, lo contrario de lo que realmente sustenta, a los solos efectos de adoptarlo a su fundamentación. Por el contrario, de su lectura, conforme a la doctrina ya asentada por el propio TJUE, de ahí su pronunciamiento a través del citado Auto y no por la vía de una propia Sentencia, se comprende, también de un modo claro y resolutivo, que dicho Auto diferencia cabalmente lo que no diferencia la sentencia. En efecto, como se ha precisado, una cosa es el plano de valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula. Cuestión que pertenece al plano de la interpretación y en donde el juez nacional puede valorar los criterios que señala la sentencia (esencialidad de la obligación objeto de la cláusula, gravedad de su incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato, posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; inclusive la previsión contemplada por el propio artículo 693.2 LEC, es decir, el mínimo de tres incumplimientos de los plazos mensuales). Y otra cuestión, bien distinta, es que el juez nacional venga habilitado para integrar las consecuencias derivadas de la cláusula una vez ésta ha sido declarada abusiva. Plano valorativo que resulta vedado a la

interpretación del juez nacional. Primero, porque su alcance viene ya determinado por el "principio de efectividad" que pertenece al ámbito del orden público de la Directiva (artículo 6 de la mismas). Segundo, porque la interpretación de la propia Directiva al respecto, artículo 3.1, resulta concluyente y unívoca en su sentido, esto es, ordena al juez nacional que "deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de lacláusula en cuestión ". Mandato que ha sido reiterado por el TJUE en el sentido del concepto de "no vinculación", anteriormente analizado, es decir, de procurar la "total desvinculación" para el consumidor de los efectos perjudiciales derivados de la aplicación de la cláusula abusiva. Que en el caso que nos ocupa no puede ser otro que los producidos por el despacho indebido de la ejecución. De ahí que, conforme a este mandato, no quepa otra solución jurídica que el sobreseimiento de la ejecución instada. Pues de igual forma que contra dicho mandato no cabe alegar una disposición nacional, tampoco se pueden alegar mecanismos de aplicación analógica o supletoria que conduzcan finalmente a la aplicación de una disposición nacional que comporte una vulneración de este mandato.

Pero, además, y en la línea de la rotundidad manifestada, debemos pararnos a pensar que si se otorga validez al argumento que desarrolla la sentencia la conclusión que se obtiene no es otra que la "total desnaturalización del control de abusividad". En efecto, pensemos, por un momento, que si el argumento de la sentencia es válido, esto es; "pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no esp e r se ilícita ", la desnaturalización señalada del control de abusividad está asegurada pues dicho control, según este razonamiento, no se realiza de acuerdo, como es lógico y ordena la jurisprudencia del TJUE, conforme a la configuración específica de la cláusula en cuestión en el marco de la reglamentación predispuesta, y en el momento de la celebración de contrato (SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013), sino de acuerdo a la previsión abstracta que ofrezcan, nada menos, que los propios institutos jurídicos tomados como referencia. Con lo que ninguna cláusula específica de vencimiento anticipado, de resolución convencional o de pena convencional, por más que resultara claramente abusiva, daría lugar al régimen de la ineficacia derivada de pleno derecho de la misma

y, por tanto, a la prohibición de no moderación o integración de dicha cláusula, porque siempre se podría argumentar, tal y como hace la sentencia, que la previsión de los institutos del vencimiento anticipado, de la resolución o de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento no son "per se" ilícitos. El objeto del control de abusividad no es, por tanto, como no puede ser de otra forma, la licitud de los institutos jurídicos, sino la concreta configuración de la cláusula predispuesta.

Como se observa, un círculo vicioso que oculta lo que realmente resulta obvio: que la cláusula abusiva no lo es en abstracto sino en la concreta configuración que adopte en la reglamentación predispuesta. Consecuencia, por cierto, ya declarada por esta Sala en la Sentencia de 9 de mayo de 2013. De forma que una vez declarada abusiva la cláusula en cuestión no cabe moderar o integrar los efectos de la misma, que en el presente caso no son otros, dada la específica configuración de la cláusula de vencimiento anticipado en el título de ejecución, referida a "cualquier incumplimiento del deudor", que el sobreseimiento de la ejecución instada conforme a esta cláusula declarada abusiva. En ningún caso, con referencia al instituto del vencimiento anticipado. Que por lo demás, conforme al art. 1129 del Código Civil, dado su necesario fundamento de aplicación legal, al faltar el título convencional declarado nulo, exigiría el correspondiente pronunciamiento judicial al respecto en el procedimiento declarativo de que se trate. Razón, por la que, ni siquiera en este supuesto de referencia abstracta al instituto del vencimiento anticipado, cabe la aplicación supletoria que sustenta la sentencia, pues como se ha señalado, el artículo 693.2 LEC parte de supuestos de ejecución hipotecaria de títulos no judiciales con relación a específicas cláusulas de vencimientos anticipados expresamente contemplados en los títulos constitutivos de las garantías hipotecarias, según la propia previsión literal del precepto. Lo contrario, también sería hurtarle al deudor de un necesario pronunciamiento judicial al respecto, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En tercer lugar , tomando como punto de partida un criterio de interpretación sistemática del precepto, dada su ubicación, se evidencia su claro y limitado alcance procesal en la medida en que permite despachar la ejecución hipotecaria de un título

no judicial y abrir este procedimiento, siempre que en la propia escritura de constitución de la hipoteca exista ese convenio que permita el vencimiento anticipado por el incumplimiento de tres mensualidades y así conste además en el asiento registral. Con lo que el pacto acerca de la configuración de la cláusula de vencimiento anticipado y su pertinente reflejo expreso en la escritura de constitución de la hipoteca "constituyen presupuestos para la aplicacióndel citad o p rece p to ". Sin duda, y como resulta obvio del indiscutible tenor del artículo, la aplicación analógica que "rige" para la sentencia resulta imposible de sustentar dado que no sólo no se da una mínima base de identidad para su aplicación analógica, la cláusula en cuestión está configurada con relación "a cualquier incumplimiento del deudor", sino que además su configuración negocial o pactada ha sido calificada de nula y, por tanto, inaplicable a todos los efectos. Es decir, se carece de título de ejecución. Por lo que el supuesto normativo del artículo 393.2 LEC deviene, a todas luces, inaplicable.

Por último , en cualquier caso, debe resaltarse que el planteamiento que defiendo forma parte de la doctrina consolidada del TJUE y como tal ya ha sido aplicado por nuestros tribunales de forma correcta y acertada. En esta línea deben citarse los autos de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 14 de julio de 2015, de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª, de 29 de septiembre de 2015, de La Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, del 21 de octubre de 2015 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 27 de noviembre de 2015. Valga, como referencia de todos ellos, la argumentación del reciente auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, que, entre otros extremos, declara: "Más concretamente, el art. 693.2 LEC no contiene una disposición imperativa, sino que se trata de una norma procesal orientada a aclarar la admisibilidad de un pacto extraprocesal por el que las partes acuerdan conceder al acreedor el derecho a declarar vencido el préstamo en determinadas condiciones. No se impone nada, sino que se recoge una mera posibilidad o facultad.

Y, por otra parte, una cosa es que el art. 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado expresamente en la escritura el reconocimiento de tal facultad a favor del acreedor y que el pacto acceda al Registro de la Propiedad, como requisitos "sine qua

non" para el acreedor pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa muy distinta que semejante previsión implique, primero, que el ejercicio de dicha facultad es un trasunto de una disposición legal (tan no es así que, si no se recoge expresamente en la escritura, el acreedor no puede dar por vencida la totalidad del préstamo), y, segundo, que se legitima o ampara legalmente, siempre y en todo caso, el vencimiento anticipado.

No es que el precepto dé por bueno o valide el pacto que recoge la facultad de vencimiento anticipado, con independencia de las concretas condiciones en que se materialice, sino que, partiendo de que la estipulación sea válida desde el punto de vista de su contenido, exige que conste y se recoja en la escritura y en el Registro para que desencadene los efectos pretendidos.

De otra manera no se entenderían las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo en las que exige que "nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas", como tampoco la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, que establece los parámetros con arreglo a los cuales examinar si la cláusula es abusiva.

En definitiva, al contrario de lo que sucede con el supuesto analizado en la STS de 7 de septiembre de 2015, en que la cláusula se limitaba a copiar una norma contenida en la Ley 28/1998, de 13 de julio, en el caso discutido no se trata de la transcripción de un precepto, sino de la plasmación de un pacto al que, si es materialmente válido (cuestión en la que la Ley de Enjuiciamiento Civil no entra), la Ley atribuye unas consecuencias jurídicas determinadas".

En todos estos casos, la aplicación de la Directiva 93/13 y de la doctrina jurisprudencial del TJUE que la interpreta, especialmente de la plasmada en el ATJUE de 11 de junio de 2015, ha sido la causa determinante del cambio de criterio operado dejando claro, al menos, la " duda interpretativa " que encierra la solución ahora adoptada por la decisión de la mayoría de la Sala en esta materia.

5.- La aplicación del mecanismo de integración contractualnecesariamente condicionada a la función tuitiva del consumidor yal efecto disuasorio de la declaración de abusividad contempladosen la Directiva 93/13 y en la STJUE de 30 de abril de 2014 **.**

Conforme a lo ya indicado en el apartado dedicado al planteamiento metodológico de este voto particular, debe reiterarse que la integración que realiza la sentencia de la Sala comporta una vulneración frontal de la doctrina jurisprudencial del TJUE, tal y como ha quedado ya expuesto. En este sentido, no puede citarse la sentencia de 30 de abril de 2014 sólo para justificar que el juez nacional pondere criterios de abusividad contemplados en disposiciones nacionales en orden a valorar el posible carácter abusivo de la cláusula en cuestión, y olvidar la "ratio decidendi" de la citada sentencia respecto a la cuestión principal allí planteada, y aquí objeto necesario de la fundamentación del presente caso, que no es otra que " condicionar todo proceso deintegración a que se realice sólo y exclusivamente en beneficio de losderechos e intereses del consumidor adherente ".

6. - Alcance de consideraciones y valoraciones hipotéticas que noson objeto del caso enjuiciado.

Por último, debe analizarse el alcance del extenso corolario, a modo de "obiter dicta", que la Sentencia realiza una vez declarada la doctrina que justifica la citada aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC. Números 5,6 y 7 del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia, del apartado e), quinto motivo: Decisión de la Sala.

En primer lugar, y con carácter general, debe precisarse que estas consideraciones o valoraciones no resultan procedentes en el presente caso, por ser ajenas al examen de la cuestión planteada y al fundamento jurídico de su solución. En efecto, la cuestión planteada, conforme a la naturaleza de la acción ejercitada y a las pretensiones alegadas, no es otra que el régimen de ineficacia que resulta aplicable tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que causaliza en despacho de la ejecución hipotecaria. Y, en su caso, la posible excepción a dicho

régimen mediante la integración por una aplicación supletoria de norma nacional que debe realizarse, en todo caso, en beneficio directo y exclusivo de los intereses y posición jurídica del consumidor. Del mismo modo, que el fundamento jurídico de la decisión resultante queda también circunscrito al estricto ámbito de interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial del TJUE, por ser esta materia objeto específico de su competencia.

Sobre esta base, queda claro que en el presente caso no se cuestiona, o se somete a valoración o debate, el régimen sustantivo de nuestro sistema actual de ejecución hipotecaria, ni su aplicación según las reglas procesales, o la hipotética conveniencia, para los intereses del consumidor, de la continuidad del proceso de ejecución hipotecaria frente a su posible defensa en el correspondiente juicio declarativo en donde la entidad, tras el sobreseimiento, pretenda hacer valer la garantía hipotecaria. Consideraciones, todas ellas, que exceden al objeto y fundamento jurídico del presente caso y que, como hemos argumentado a lo largo de este voto particular, no pueden, en última instancia, justificar una aplicación supletoria de una norma nacional que no sólo es contraria a la "ratio" de la Directiva 93/13, sino también a la propia doctrina del TJUE que la desarrolla. Pues, hay que insistir, una vez más, y las veces que resulten necesarias, que la integración del vacío que deja la cláusula declarada abusiva sólo puede, excepcionalmente, realizarse a través de una aplicación supletoria cuando dicha nulidad afecte a un elemento esencial de contrato principal, sin que éste puede seguir subsistiendo, y además se realice sólo en atención de los intereses y derechos del consumidor. En el presente caso, no se dan ninguno de los presupuestos citados, ni la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado afecta, per se, a la nulidad del contrato principal del préstamo, sino a la ejecución de la su garantía hipotecaria (elemento accesorio), caso distinto al analizado en la STJUEde 30 de abril de 2014 en donde la nulidad de la cláusula sí que afectabaa la validez del contrato de préstamo, ni tampoco el efecto directo de la aplicación supletoria favorece o beneficia, en modo alguno, los intereses o la posición jurídica del consumidor, pues, como se ha señalado, se mire por donde se mire, la continuación del procedimiento de ejecución representa la consecuencia patrimonial más perversa para el consumidor, sin que éste pueda hacer valer sus derechos en su caso, con las garantías que le ofrece el

juicio declarativo al respecto. Todo ello, comotambién se ha señalado, en una clara vulneración de su derecho a latutela judicial efectiva (Art. 24 CE).

En segundo lugar, y con relación a las consideraciones vertidas, debe señalarse lo siguiente:

i) Respecto del número 5.

a) No hay interpretación maximalista en aquella doctrina que simplemente fundamenta su aplicación en la especial tuición del consumidor de acuerdo a la "ratio" o finalidad de la norma, conforme a la doctrina jurisprudencial del TJUE que la desarrolla.

b) La seguridad y acceso al crédito hipotecario, en un Estado de Derecho, pasa necesariamente por la calidad, equilibrio y transparencia de su contratación y, por tanto, en la disuasión y eliminación de cualquier práctica abusiva al respecto, así como a la no vinculación del consumidor con relación a los efectos perjudiciales derivados de la cláusula abusiva. Se trata, por tanto, de una cuestión de legalidad y de orden público económico implícitas en la seguridad del tráfico jurídico.

c) Hasta la fecha, la defensa de los consumidores ante el clausulado abusivo no ha reportado ningún aumento en los intereses del crédito hipotecario, que están en mínimos históricos.

d) La duración media pactada en los préstamos hipotecarios, sea ésta al alza o a la baja, no constituye el fundamento objetivo del vencimiento anticipado (art. 1129 CC), que no es otro que la defensa del derecho de crédito ante el riesgo de insolvencia del deudor; con independencia del momento en que dicho riesgo se produzca en la relación contractual, de acuerdo a los presupuestos legales o convencionales, siempre que éstos sean lícitos.

ii) Respecto a los números 6 y 7.

a) La afirmación: "de que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor". Constituye una hipotética valoración que no es objeto del presente caso.

b) En todo caso, y dado que no hay pronunciamiento judicial de esta Sala sobre esta hipótesis o cuestión, tampoco puede negarse lo contrario, esto es, que las ventajas o beneficios señalados por la sentencia, propios de la ejecución hipotecara y previstos en la LEC, puedan ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de la obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. Máxime, atendiendo a los "principios de efectividad y equivalencia" en materia de consumidores, y de acuerdo, además, con los principios de buena fe y "favor debitoris" que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria.

c) De no ser así, se llegaría a la triste paradoja en donde el necesario y legítimo ejercicio de los derechos por el consumidor, le aboca, "fatalmente", a resultados perversos para él mismo, bien respecto a lo ya visto en la cláusula suelo, con relación a su derecho de restitución de los intereses cobrados ilícitamente, que sólo se le reconoce desde una determinada fecha con claro beneficio para las entidades bancarias, o bien en el supuesto del presente caso, donde se nos dice que el ejercicio de sus legítimos derechos le harán de peor condición en el hipotético juicio declarativo. Consecuencias o valoraciones contrarias a los principios y fundamentos de nuestro Derecho civil patrimonial en materia de contratación.

La doctrina aplicable del TJUE y las consecuencias de su vulneración: integración de la cláusula declarada abusiva y el consiguiente vaciamiento del efecto disuasorio de la declaración de abusividad.

TERCERO.

En definitiva, tras la declaración de abusividad de la de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor no puede sustentar su pretensión en que el curso de la ejecución instada respeta lo previsto en el artículo 693. 2 LEC. En primer lugar, porque no es cierto, pues dicha previsión no consta configurada negocialmente en el título de la constitución de la hipoteca que se hace con referencia a "cualquier incumplimiento del deudor". En segundo lugar, porque el desarrollo de las consecuencias derivadas de la abusividad, que no es otra cosa que la aplicación plena del régimen de ineficacia del acto o negocio que trae causa de la cláusula abusiva, impide que dicho régimen pueda ser excepcionado o limitado por el plano del cumplimiento contractual observado, que resulta extraño a la propia configuración imperativa de esta consecuencia de "no vinculación" para con el consumidor. Así como la posible integración que no se realice en beneficio exclusivo del consumidor adherente.

La aplicación en estos casos del artículo 693.2 LEC, constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial de TJUE en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreseimiento de la ejecución instada, como un "vaciamiento" de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar ésta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC. En contra de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013, entre otras, que solo permiten la ponderación de estos criterios, y los que cita la Sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreseída.

CUARTO.- En virtud de todo lo razonado anteriormente, la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en el número cuarto de la "Decisión de Sala", del apartado e) vencimiento anticipado, correspondiente al fundamento de derecho quinto de la sentencia (recurso de casación del BBVA, S.A.") infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con elartículo 7 de la Directiva 93/13, y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio TJUE desarrolla este ámbito de su competencia. Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva.

Francisco Javier Orduña Moreno

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **Pedro José Vela Torres** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.