



Roj: **STS 2486/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2486**

Id Cendoj: **28079110012018100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **3289/2015**

Nº de Resolución: **393/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2913/2015,**
STS 2486/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 393/2018

Fecha de sentencia: 26/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3289/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: GM

Nota:

CASACIÓN núm.: 3289/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 393/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 26 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 1272/2015 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario 1212/2013 seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D. Carlos Ramón y D.ª. Nicolasa, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª. María José Rodríguez Teijeiro en calidad de recurrente, y en calidad de recurrido se persona la entidad Unicaja Banco S.A.U., representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez bajo la dirección letrada de D.ª. Belén Rodríguez Ramírez, en nombre y representación de D. Carlos Ramón y D.ª. Nicolasa, interpuso demanda de juicio ordinario contra Unicaja Banco, S.A., en acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

Por la que:

»1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas y/o por falta de transparencia, de las siguientes condiciones generales de la contratación de la escritura de préstamo hipotecario de 26/2/2008 (doc. núm. 2), ante el notario de Sevilla D. José Luis Maroto Ruiz, núm. de protocolo 558, la parte de la cláusula segunda cuyo tenor literal es el siguiente:

»"En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50% nominal anual".

»2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dichas condiciones generales de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

»3. Condene a la demandada a la devolución al prestatario de las cantidades cobradas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo así como de cuantas cantidades cobre la entidad hasta la resolución definitiva del proceso o con posterioridad a éste, como consecuencia de la aplicación de las referidas cláusulas, con sus intereses legales.

»4. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición».

SEGUNDO .- La procuradora D.ª. Elisa Sillero Fernández, bajo la dirección letrada de D.ª. Rocío Jiménez Miranda, en nombre y representación de Unicaja Banco, S.A.U., contestó a la demanda oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y suplicando al juzgado:

«Dicte sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Unicaja Banco SAU, de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

TERCERO.- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2014, en la que en su parte dispositiva falla:

«Que estimando totalmente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D.ª. Nicolasa y de D. Carlos Ramón, frente a Unicaja Banco, S.A.U.:

»1.- Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del párrafo quinto de la cláusula segunda de la escritura de novación de préstamo hipotecario celebrada en fecha 26 de febrero de 2008 por Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (hoy sustituida por Unicaja Banco, S.A.U.), de una parte y D.ª. Nicolasa y D. Carlos Ramón, de otra parte, autorizada por el notario D. José Luis Maroto Ruiz, con número de protocolo 1558 y cuyo contenido literal es: "En ningún caso el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual".

»La declaración de nulidad comporta:

»I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución), más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

»2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

»3.- Impongo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada».

Y en fecha 7 de octubre de 2014 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva indica:

«Se rectifica el error padecido en la redacción de la resolución sentencia número, el en el sentido de que en donde dice "Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del párrafo quinto de la cláusula segunda de la escritura de novación de préstamo hipotecario celebrada en fecha 26 de febrero de 2008 por Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (hoy sustituida por Unicaja Banco, SAU), de una parte y D.^a. Nicolasa y D. Carlos Ramón , de otra parte, autorizada por el notario D. José Luis Maroto Ruiz, con número de protocolo 1558", debe decir "Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del párrafo quinto de la cláusula segunda de la escritura de novación de préstamo hipotecario celebrada en fecha 26 de febrero de 2008 por Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (hoy sustituida por Unicaja Banco, SAU), de una parte y D.^a. Nicolasa y D. Carlos Ramón , de otra parte, autorizada por el notario D. José Luis Maroto Ruiz, con número de protocolo 558"».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso interpuesto por la procuradora D.^a. Elisa Sillero Fernández, en nombre y representación de Unicaja Banco S.A., contra la sentencia dictada el día 24 de julio de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D. Carlos Ramón y de D.^a. Nicolasa , contra la apelante, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Carlos Ramón y D.^a. Nicolasa , con apoyo en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de pleno 241/2013, de 9 de mayo, recurso 485/2012 , y su auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable y en las sentencias del pleno de la Sala primera 464/2014, de 8 de septiembre, recurso 1217/2013 y la sentencia 139/2015 de 25 de marzo, recurso 138/2014 .

Motivo segundo.- Infracción del art. 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (a partir de ahora TRLGDCU), en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia, en cuanto a la legalidad) de las condiciones generales de la contratación, e infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, recurso 485/2012 y su auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable, y en las de la Sala 1.^a STS de pleno 464/2014, de 8 de septiembre, recurso 1217/2013 y 139/2015, de 25 de marzo recurso 138/2014 .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de enero de 2018 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de Unicaja Banco, S.A.U., presentó escrito de oposición al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de mayo de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1. El 26 de febrero de 2008, D. Carlos Ramón y D.^a Nicolasa, prestatarios y aquí parte recurrente, suscribieron con la entidad Unicaja Banco, S.A.U. una escritura pública en la que se subrogaron en el préstamo hipotecario que la promotora tenía concertado con la citada entidad bancaria. Dicho préstamo, en la misma fecha de la escritura de subrogación, fue objeto de una novación modificativa en la que, entre otros extremos, se incluyó una cláusula suelo (interés mínimo) del 3,50%.

Los prestatarios formularon una demanda contra la citada entidad bancaria en la que solicitaron la nulidad de la cláusula suelo por considerarla abusiva, así como la restitución de los intereses pagados indebidamente por la aplicación de dicha cláusula.

La entidad bancaria se opuso a la demanda. Alegó que la citada cláusula no era abusiva y que además superaba el control de transparencia.

2. El juzgado de lo mercantil estimó la demanda. En síntesis, consideró lo siguiente:

« [...] Sentado lo anterior, hemos de concluir que la cláusula en cuestión no supera el segundo de los citados controles, puesto que no se ha simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés el momento de contratar, no se ha ofrecido información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad y se incorpora una gran cantidad de datos referidos a las variaciones del tipo de interés, de modo que debe concluirse que la entidad demandada, actuando de modo contrario a las reglas de la buena fe y en perjuicio del consumidor, no informó suficientemente a su cliente de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, *de facto*, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.»

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia lo estimó y revocó la sentencia del juzgado de lo mercantil. Al respecto, concluyó lo siguiente:

« [...] En cuanto al control de transparencia en la información requerida por el Tribunal Supremo, la limitación consistente en el establecimiento de un tipo de interés mínimo aparece redactada en términos sumamente sencillos y fáciles de comprender. Parece además difícil que pasara desapercibida o que no se comprendiera, cuando fue uno de los pocos puntos del préstamo hipotecario en el que se subrogaron los actores expresamente objeto de novación, lo que parece indicar una negociación específica al respecto.

»Tal información por tanto reúne las condiciones de concreción, claridad, sencillez, accesibilidad y legibilidad que exige la legislación sobre consumidores, y dado que el límite mínimo se ubica dentro del conjunto de condiciones que regulan el interés a cobrar por la entidad bancaria, permiten al consumidor percibir que se trata de un elemento que define lo que es objeto principal del contrato.»

4. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso de casación.

Recurso de casación.**SEGUNDO.- Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Control de transparencia.**

1. Los demandantes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 L.E.C., interponen recurso de casación que articulan en dos motivos.

En el primer motivo, los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en relación con los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de pleno 241/2013, de 9 de mayo, recurso 485/2012, y su auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable y en las sentencias del pleno de la Sala primera 464/2014, de 8 de septiembre, recurso 1217/2013 y la sentencia 139/2015 de 25 de marzo, recurso 138/2014.

2. El motivo debe ser desestimado.

En el presente caso, el debate tanto en primera como en segunda instancia se ha centrado en el control de abusividad de dichas cláusulas, y más concretamente en si superan el control de transparencia.

La infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC) podría constituir el objeto de un motivo del recurso de casación si en la demanda se hubiera ejercitado una acción encaminada a declarar que la cláusula suelo no estaba incorporada al contrato de préstamo



hipotecario por no reunir los requisitos de incorporación exigidos en esos preceptos, la Audiencia Provincial se hubiera pronunciado sobre tal cuestión y hubiera aplicado incorrectamente tales preceptos legales o negado indebidamente su aplicación.

Pero al no haber sido formulada esa pretensión y no haber existido pronunciamiento sobre la aplicación o inaplicación de los arts. 5 y 7 LCGC, no es admisible un motivo de casación fundado en la infracción de preceptos legales distintos de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada.

Las alegaciones que en el motivo se hacen son relevantes principalmente a efectos del control de transparencia.

El reproche que se hace a la Audiencia Provincial, consistente en no haber analizado ni desarrollado convenientemente el control de incorporación, no solo es infundado, por las razones que se han expuesto, sino que además tendría que haber sido planteado, tras pedir la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva, puesto que, de ser cierta la omisión, se habría omitido el pronunciamiento relativo a la no incorporación de las cláusulas.

3. En el motivo segundo, las recurrentes denuncian la infracción del art. 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (T.R.L.G.D.L.U.), así como la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo de 2015. Argumenta que, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial citada, la cláusula suelo no supera el control de transparencia.

4. El motivo debe ser estimado.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler*), de 21 de diciembre de 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*) y de 20 de septiembre de 2017 (caso *Ruxandra Paula Andricius y otros*), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, con aquellas cláusulas, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica que comporta la cláusula suelo en el contrato ofertado.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues no consta acreditado que en la novación modificativa del préstamo hipotecario suscrito, la entidad bancaria llevara a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula.



Control de transparencia que, como ha declarado reiteradas veces esta sala, entre otras STS 593/2017, de 7 de noviembre, no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta.

5. Como resultado de todo lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado y revocarse la sentencia recurrida y, al asumir la instancia confirmarse la sentencia del juzgado de lo mercantil, que es plenamente conforme con la jurisprudencia de esta sala.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

2.- Dicha estimación implica la desestimación íntegra del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Unicaja Banco, S.A.U. las costas causadas por el mismo, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC (sentencia del Pleno de la Sala 419/2017, de 4 de julio).

3.- Igualmente, conlleva la devolución del depósito constituido para la formulación del recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de de D. Carlos Ramón y D.^a Nicolasa contra la sentencia dictada, con fecha 15 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.^a, en el rollo de apelación núm. 1272/2015.

2. Casar y anular dicha sentencia, y desestimar el recurso de apelación formulado por Unicaja Banco, S.A.U. contra la sentencia núm. 283/2014, de 24 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla en el juicio ordinario núm. 1212/2013.

3. Imponer al apelante las costas de su apelación.

4. No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5. Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.