



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

Id Cendoj: **28079110012018100316**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2018**

Nº de Recurso: **2668/2015**

Nº de Resolución: **334/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2420/2015,**
STS 2018/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 334/2018

Fecha de sentencia: 04/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2668/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

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

Transcrito por: GM

Nota:

CASACIÓN núm.: 2668/2015

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 334/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 4 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 15 de junio de 2015 dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, aclarada por auto de 21 de noviembre de 2014, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1504/2013 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D. Candido y D.^a Gema, representados por el procurador D. Miguel Alperi Muñoz y bajo la dirección letrada de D.^a Rocío Montaña Ybarra.

Es parte recurrida Caixabank S.A. representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Luis Ladrón de Guevara Cano, en nombre y representación de D. Candido y D.^a Gema, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en la que se declare la nulidad de la cláusula tercera de modificación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 10 de febrero de 2009; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,90% y con un 14% máximo, fijados en aquella, y una vez declarada la misma, me reservo el derecho a realizar las acciones requeridas sobre los efectos de devolución sobre las cantidades cobradas de más, durante la vigencia del préstamo que le ha sido aplicado (sic) dicha cláusula a la parte demandante.

»Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 5 de diciembre de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 1504/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María del Valle Lerdo de Tejada Benítez, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, dictó sentencia 250/2014 de 7 de julio, que con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D.^a María Dolores contra la entidad Caja Rural del Sur Sociedad Cooperativa de Crédito, y en consecuencia:

»Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en letra B) de la estipulación tercera, página 8Y0981550 del contrato celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Victorio Magariños Blanco, el día 10 de febrero de 2009. La declaración de nulidad comporta:

»1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si ninguna hubiera estado incluida las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

» 2) Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.

» 3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse.

» Declaro la subsistencia del resto de los contratos.

» Acuerdo que, firme que sea esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

» Más la condena en costas».

Con fecha 24 de julio de 2014 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Acuerdo rectificar la sentencia de fecha 07/07/14 de forma que su parte dispositiva será la siguiente:



» Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D. Candido y D.^a Gema contra la entidad Caixabank S.A., y en consecuencia:

» Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en letra B) de la estipulación tercera, página 8Y0981550 del contrato celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Victorio Magariños Blanco, el día 10 de febrero de 2009. La declaración de nulidad comporta:

» 1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si ninguna hubiera estado incluida las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

» 2) Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.

» 3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse.

» Declaro la subsistencia del resto de los contratos

» Acuerdo que, firme que sea esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

» 2. Notificar la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, si bien las partes pueden reproducir la cuestión en el recurso de apelación más próximo siempre que hubieran formulado la oportuna protesta en el término de cinco días a partir del siguiente al de su notificación».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A. La representación de D. Candido y D.^a Gema se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 8639/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 15 de junio de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.^a María del Valle Lerdo de Tejada Benítez, en nombre y representación de la entidad Caixabank S.A. contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2014, dictada en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla , en los Autos de Juicio Ordinario n.º. 1504/2013; la debemos revocar y revocamos, y, en su lugar, con desestimación de la demanda; debemos absolver y absolvemos a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, sin declaración sobre las costas de ambas instancias».

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

1.- El procurador D. Luis Ladrón de Guevara, en representación de D. Candido y D.^a Gema , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del art. 477.2.3º, el motivo por el que consideramos que existe interés casacional, es por considerar que la llamada "cláusula suelo", de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la letra b) de la estipulación Tercera, inserta en el contrato de préstamo hipotecario de mis representados en fecha 10 de febrero de 2009, es nula por tener carácter abusivo, al no cumplir el doble control de transparencia que estableció el tribunal supremo en la sentencia del 9 de mayo del 2013 y aplicación indebida de los arts. 325 del Código de Comercio, 1964 del Código Civil e infracción por inaplicación del art. 326.2 del Código de Comercio y, del artículo 1967.4 del Código Civil . La sentencia recurrida, conforme al art. 477.2.3º LEC se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2000, 30 de noviembre de 1988 y 14 de mayo de 1979».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 31 de enero de 2018, que admitió el recurso, y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- Caixabank S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El 10 de febrero de 2010, D. Candido y D.^a Gema suscribieron una escritura de compra de una vivienda con la entidad Galdisa Centro Inmobiliario, S.L. y se subrogaron en el préstamo con garantía hipotecaria concertado, el 4 de diciembre de 2001, por dicha empresa vendedora con la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Huelva, Sevilla y Jerez (actualmente Caixabank, S.A.). En dicha escritura, modificada por otra de 29 de junio de 2006, se incluyó una cláusula de limitación a la variabilidad a la baja del tipo de interés pactado (cláusula suelo) del 3,90%.

2. Los prestatarios formularon una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera en la que solicitaron la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado y la restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de su aplicación.

3. El juzgado de lo mercantil dictó sentencia estimatoria de dicha pretensión, declaró la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y condenó a la entidad prestamista a devolver las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación, con sus intereses.

4. La sentencia del juzgado de lo mercantil fue recurrida en apelación por la entidad demandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación por los siguientes y abreviados razonamientos: (i) El demandante no solicitó directamente el préstamo a la entidad financiera demandada, sino que se subrogó en el que previamente había concertado la entidad financiera vendedora. (ii) En consecuencia, podría haber examinado las condiciones en las que se concedió el préstamo a dicha empresa; y en la escritura de compraventa, el comprador afirmó conocer y aceptar tales condiciones. (iii) A su vez, el demandante estuvo, o pudo estar, informado de la existencia de la limitación a la variabilidad del tipo de interés. Por lo que revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Subrogación del consumidor comprador en el préstamo suscrito por el promotor.

1. D. Candido y D.^a Gema interponen recurso de casación por interés casacional, que articulan en un único motivo.

En dicho motivo los recurrentes denuncian que la cláusula suelo es nula por no superar el doble control de transparencia que estableció esta sala en su sentencia de 9 de mayo de 2013. En el desarrollo del motivo cita como normativa infringida el art. 7 L.C.G.C., el art. 80.1 L.C.D. C.U. y el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

2. El motivo debe ser estimado.

En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre, hemos indicado que el hecho de el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia

3. La Audiencia Provincial convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información. Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información.



4. El ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16 , *Bachman*) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El Tribunal resuelve la decisión prejudicial planteada por un tribunal rumano sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

Es decir, el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

TERCERO.- *El control de transparencia en las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés. Importancia de la información precontractual. Estimación del recurso de casación.*

1.- Hemos de tener en cuenta que el control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores ha sido ya analizado en varias sentencias tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo.

2.- En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 , caso *RWE Vertrieb* ; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , caso *Kásler y Káslerne Rábai* ; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , caso *Matei* ; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , caso *Van Hove* . A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

3.- A su vez, la jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia. Esta línea jurisprudencial se inicia en las sentencias 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 sentencias 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 . Más específicamente, en relación con las denominadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; 705/2015, de 23 de diciembre ; 367/2016, de 3 de junio ; 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 171/2017, de 9 de marzo ; 367/2017, de 8 de junio ; 593/2017, de 7 de noviembre ; y 643/2017, de 24 de noviembre .

En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este 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.



4.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, 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 pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Aunque la sentencia 241/2013, de 9 de mayo enunció hasta seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes (que damos por reproducidos en aras de la brevedad), ya advertimos en el auto de 3 de junio de 2013, que resolvió la solicitud de aclaración de la citada sentencia, que tales circunstancias constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. Pero que no se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determinaba que la presencia aislada de alguna, o algunas, fuera suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

5.- En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que se había superado el control de transparencia, porque los compradores que se subrogaron en el préstamo hipotecario concertado por el promotor-vendedor manifestaron conocer las condiciones de dicho préstamo, entre las que se encontraba la cláusula controvertida, que estaba redactada de manera clara y sencilla y quedaba individualizada respecto del resto del clausulado.

6.- En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la cláusula por la mera subrogación, ya hemos dicho que la sucesión contractual no relevaba a la entidad financiera de su deber de transparencia.

Pero es que, aun suponiendo que los compradores hubieran tenido acceso a la escritura de préstamo entre la entidad prestamista y el vendedor, no basta con la simple claridad gramatical. Parece que la sentencia recurrida considera que el mero control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC es suficiente para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia que imponen los arts. 4.2 de la Directiva y 60.1 y 80.1 TRLCU. Sin tener en cuenta que el contrato no contenía más información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal (afectaba al precio del préstamo), la cláusula estaba enmascarada entre otros datos relativos a la revisión del interés, no constaban simulaciones de escenarios diversos, ni se había advertido de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. En tales circunstancias, considerar que el cumplimiento de los requisitos que los arts. 5 y 7 LCGC establecen para que la condición general supere el control de incorporación permite que también se supere el control de transparencia que hemos llamado «material», infringe la doctrina jurisprudencial de esta sala, puesto que en esas condiciones no es posible la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo del contrato, en concreto, su incidencia en el precio a pagar por los consumidores.

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

«44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información».

Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Matei*, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso *Van Hove*, párrafo 47; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso *Gutiérrez Naranjo*.



8.- 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 de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que supone 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 no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado a los demandantes, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas.

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

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

CUARTO.- 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 Caixabank 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 D. D. Candido y D.ª Gema contra la sentencia dictada, con fecha 15 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 8639/2014 .

2. Casar y anular dicha sentencia, y desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia núm. 250/2014, de 7 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla , en el juicio ordinario 1504/2013, que confirmamos.

3. Imponer a Caixabank, S.A. las costas del recurso de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ