



Roj: **STS 109/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:109**

Id Cendoj: **28079110012020100043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2020**

Nº de Recurso: **1999/2017**

Nº de Resolución: **53/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 34/2017,**  
**STS 109/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 53/2020**

Fecha de sentencia: 23/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1999/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1999/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 53/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 23 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 52/2017, de 21 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 974/2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona, sobre nulidad de cláusula suelo.

Es parte recurrente D. Everardo y D.<sup>a</sup> Beatriz, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Pilar Moneva Arce y bajo la dirección letrada de D. Abel Rodríguez Navarro.

Es parte recurrida Banco Santander S.A. (antes Banco Popular Español S.A.), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Irene Arranz Puig.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Josefa Manzanares Corominas, en nombre y representación de D. Everardo y D.<sup>a</sup> Beatriz, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que:

" a) Se declare nula por abusiva la cláusula que contiene una limitación mínima del 2% a la variación del tipo de interés nominal en el contrato de préstamo hipotecario suscrito el 19 de mayo de 2010 entre los demandantes, D. Everardo y Dña. Beatriz, con la entidad financiera Banco Popular Español, S.A. cuya redacción es: "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 2%", manteniéndose vigente el resto del contrato de préstamo hipotecario.

" b) Se elimine la cláusula de dicho contrato y deje de aplicarse en lo sucesivo.

" c) Como consecuencia de dicha nulidad y en virtud del art. 1303 CC, se condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes, en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la referida cláusula nula, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el art. 219 Ley Enjuiciamiento Civil, se calculará con arreglo a las siguientes bases:

" - La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización, y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización sin tener en cuenta la cláusula suelo declarada nula, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato. Cantidad cifrada por esta parte en tres mil cuatrocientos cincuenta con seis céntimos (3.450,06 €).

" El exceso resultante en cada periodo de amortización debe ser incrementado con el interés legal del dinero (de acuerdo con el art. 1303 CC) que se devengará desde el momento mismo en que se realizará el pago de cada cuota mensual hasta la efectiva restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

" d) Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 20 de diciembre de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona, fue registrada con el núm. 974/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Carlos Montero Reiter, en representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona dictó sentencia 232/2014, de 10 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Josefa Manzanares Corominas en nombre y representación de Don Everardo y Doña Beatriz y dirigida contra Banco Popular Español, S.A. y, en su virtud,

" A. Declaro la nulidad de la "cláusula suelo" incluida en el contrato de subrogación de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 19 de mayo de 2010, dado su carácter abusivo.

" B. Condono a la parte demandada Banco Popular Español, S.A. a eliminar dicha cláusula del referido contrato.



" C. Condeno a la parte demandada Banco Popular Español, S.A. a devolver a los actores Don Everardo y Doña Beatriz la cantidad de 3.540,06 Euros más las que se devenguen hasta la firmeza de la presente sentencia, indebidamente cobradas en virtud de la aplicación de la cláusula suelo anulada.

" D. Condeno a la parte demandada Banco Popular Español, S.A. al pago a los actores Don Everardo y Doña Beatriz de los intereses legales moratorios sobre la citada cantidad una vez determinada.

" F. Impongo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada Banco Popular Español, S.A."

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español S.A. La representación de D. Everardo y D.<sup>a</sup> Beatriz se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 548/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 52/2017, de 21 de febrero, cuyo fallo dispone:

"Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Popular Español S.A. contra la sentencia de 10 de diciembre de 2014, que revocamos. En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda por la representación procesal de Don Everardo y Doña Beatriz contra Banco Popular Español S.A. al que absolvemos libremente, sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias. Con devolución al recurrente del depósito constituido".

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recuso de casación*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Josefa Manzanares Corominas, en representación de D. Everardo y D.<sup>a</sup> Beatriz , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia", en particular, los artículos 216, 217 y 218 LEC".

"Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia", por quebrantamiento del artículo 222.4 LEC en relación con el 421.1 in fine LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Con fundamento en el art. 477.2.3º LEC. Infracción del art. 82 Texto Refundido Ley General Defensa Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), en relación a la doctrina jurisprudencial sobre el alcance del deber de transparencia de las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato, para evitar un juicio de "abusividad".

"Segundo.- Con fundamento en el art. 477.2.3º LEC. Infracción del art. 82 Texto Refundido Ley General Defensa Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), en relación a la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la contrariedad a la buena fe de la conducta del predisponente de cláusulas no negociadas en contratos con consumidores".

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 19 de junio de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander S.A. (antes Banco Popular Español S.A.) se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2020 en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Antecedentes del caso*

1.- D. Everardo y D.<sup>a</sup> Beatriz interpusieron una demanda en la que solicitaron que se declarara nula, por abusiva, la "cláusula suelo" de la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario al promotor y la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de esa cláusula.



2.- El juzgado estimó la demanda. Sucintamente, consideró que los prestatarios no fueron informados sobre la inclusión de la cláusula suelo (ni siquiera se cumplieron los mínimos de información exigidos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994) y sus consecuencias, en un entorno de bajada de tipos de interés conocido por la entidad bancaria. Y que la cláusula suponía una posición ventajosa para esta y desventajosa para los prestatarios.

3.- El banco apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso pues consideró que la cláusula es clara y sencilla, el contrato se firmó en 2010, en un contexto de bajada de tipos y mayor conocimiento de estas cláusulas, y la cláusula se inserta en una escritura de subrogación en el préstamo concedido al promotor, en el que había comenzado a surtir efecto, y en la que resultaron modificadas algunas de las condiciones, como es la del tipo de interés aplicable, por lo que "necesariamente los actores debían conocer las cláusulas que se modificaban, máxime cuando mejoraban notablemente el punto de partida de los prestatarios", uno de los cuales tenía una amplia experiencia empresarial.

4.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia, que han sido admitidos.

5.- Los motivos de inadmisión alegados por el banco demandado son inatendibles. Ambos recursos reúnen los requisitos mínimos para ser admitidos a trámite, pues en su encabezamiento identifican la infracción denunciada y en su desarrollo justifican, en el caso del recurso de casación, el interés casacional e identifican cuáles son las cuestiones jurídicas atinentes a las infracciones denunciadas, respetando suficientemente las exigencias de la técnica casacional, sin perjuicio de que alguno de los argumentos expuestos por la recurrida sirva para desestimar algunos de los motivos.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo*

1.- En el encabezamiento del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, los recurrentes denuncian la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia", en particular, los artículos 216, 217 y 218 LEC".

2.- La infracción se habría cometido porque la sentencia toma en consideración un documento que no obra en las actuaciones (el préstamo al promotor), tiene en cuenta circunstancias no alegadas por las partes e infringe las reglas de la carga de la prueba pues hace cargar a los consumidores con las consecuencias de la falta de prueba de la negociación del contrato, lo que relaciona con el art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

#### **TERCERO.-** *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- No existe vulneración de los principios de aportación de parte ni de congruencia porque la existencia de un previo contrato de préstamo hipotecario al promotor en el que se subrogaron los demandantes con modificación de alguna de sus condiciones, en términos favorables para los prestatarios, resulta de la propia escritura pública de novación aportada con la demanda, que significativamente se titula "escritura de novación modificativa de otra anterior de préstamo hipotecario".

2.- La infracción de las reglas de la carga de la prueba tiene sustantividad propia respecto de la infracción de los principios de aportación de parte y congruencia, por lo que no puede acumularse en una misma infracción. Además, la Audiencia Provincial no basa su decisión en la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

#### **CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo*

1.- En el encabezamiento de este segundo motivo se denuncia la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia", por quebrantamiento del artículo 222.4 LEC en relación con el 421.1 in fine LEC".

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha producido porque la Audiencia Provincial no ha "tenido en cuenta" la "archiconocida" sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, en la que la cláusula enjuiciada era "análoga" a la que ha sido objeto de este litigio.

#### **QUINTO.-** *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, abordamos de forma extensa la cuestión que se plantea en este motivo.

2.- En esta sentencia, tras poner de relieve las diferencias existentes entre la acción colectiva y la acción individual en materia de cláusulas abusivas, declaramos que la sentencia que estima la acción colectiva debe traer como consecuencia que, en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción



individual frente a la condición general respecto de la que se ha estimado la acción colectiva, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.

Debido a la especial naturaleza de la abusividad basada en la falta de transparencia, el juez podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual. Y añadíamos:

"En concreto, pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que el banco hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara, en línea con los criterios establecidos en nuestra sentencia 241/2013, no solo la existencia de la cláusula suelo sino también su trascendencia en el desarrollo del contrato, de modo que el consumidor pudiera tomar plena consciencia, sin necesidad de un análisis exhaustivo del contrato, de que no estaba contratando un préstamo a interés variable, sino un préstamo en el que la variación a la baja del interés resultaba limitada por la existencia de un suelo".

3.- En este caso, no consta que la existencia de dicha sentencia haya sido puesta en conocimiento del tribunal de apelación (los escritos del recurso de apelación y de la oposición al mismo fueron presentados en fecha anterior a que se dictara la sentencia) y tampoco puede considerarse que el tribunal hubiese de conocer la existencia de dicha sentencia y qué cláusula era la declarada nula.

4.- Además, los propios recurrentes alegan que se trata de una cláusula "análoga" a la que fue objeto de la sentencia que resolvió la acción colectiva de cesación.

5.- Y la sentencia de la Audiencia Provincial ha tomado en consideración determinadas circunstancias (naturaleza del contrato, que fue una subrogación con modificación de algunas condiciones, y cualificación profesional de uno de los prestatarios), que se apartan de lo que puede considerarse el supuesto general.

6.- Por ello, sin perjuicio de la trascendencia que haya de darse a tales circunstancias, no pueden considerarse vulnerados los preceptos legales invocados por los recurrentes.

### **Recurso de casación**

#### **SEXTO.-** *Formulación del primer motivo*

1.- En el encabezamiento del primer motivo del recurso de casación, los recurrentes denuncian la "infracción del art. 82 Texto Refundido Ley General Defensa Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), en relación a la doctrina jurisprudencial sobre el alcance del deber de transparencia de las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato, para evitar un juicio de "abusividad".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes argumentan que la exigencia de transparencia de las cláusulas no negociadas en los contratos concertados con consumidores no se agota en que las cláusulas tengan una redacción clara y comprensible. Tras resumir la jurisprudencia existente sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo, los recurrentes ponen de relieve que la consecuencia lógica de los hechos probados, que no combaten, no puede ser que tuvieran conocimiento de la modificación de la cláusula suelo, y que, incluso aceptando que su presencia no hubiera pasado desapercibida, era necesario informar al consumidor sobre cómo puede jugar en la economía del contrato. Y que la experiencia profesional del prestatario no convalida la defectuosa información precontractual de la entidad demandada.

#### **SÉPTIMO.-** *Decisión del tribunal: el control de transparencia de la cláusula suelo en caso de subrogación en el préstamo hipotecario al promotor*

1.- Esta sala ha abordado la cuestión del control de transparencia de la cláusula suelo en los casos de subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario concedido al promotor y se han modificado algunas de las condiciones de dicho préstamo, en términos favorables para el consumidor, como por ejemplo en las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre, 24/2018, de 24 de enero, 216/2018, de 11 de abril, y 519/2018, de 20 de septiembre, entre otras, cuya doctrina procede mantener.

2.- El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, caso *Bachman*) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El Tribunal de Justicia 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 la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento expreso o tácito del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia.

**3.-** Como punto de partida, hemos declarado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga 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.

**4.-** 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".

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en sentencias posteriores, la última de las cuales ha sido la sentencia de 7 de noviembre de 2019 (asuntos acumulados C-419/18 y C- 483/18, caso *Profi Credit Polska*).

**5.-** 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 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 caso objeto del recurso, dado que el "suelo" fijado en la cláusula controvertida coincidía con el tipo de interés fijado para el primer periodo tras la subrogación, la cláusula convertía lo que en teoría era un préstamo a interés variable en un préstamo en el que el tipo de interés no podía reducirse, pero, por el contrario, era posible que se incrementara.

**6.-** En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta estas consideraciones, 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 pudieran conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas. La sentencia del Juzgado Mercantil declaró que faltó cualquier



información precontractual, pues no se facilitó ni la información mínima exigida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y la Audiencia Provincial no ha afirmado lo contrario.

7.- Que la redacción de la cláusula suelo, aisladamente considerada, fuera clara y comprensible, permite considerarla incorporada al contrato, pero no que la misma pueda superar el control de transparencia material. Que la cláusula hubiera comenzado a surtir efecto en el préstamo hipotecario al promotor no es relevante, puesto que ese dato permite afirmar que el promotor tuvo conocimiento de los efectos de dicha cláusula, pero no que lo hubieran tenido los consumidores que se subrogaron en el préstamo. Que la subrogación se hubiera producido en un contexto de bajada de tipos de interés aumenta la exigencia de información clara y precisa sobre la existencia y trascendencia de la "cláusula suelo", pero no permite afirmar que el consumidor tuviera conocimiento de tales extremos, y lo mismo puede decirse del hecho de la amplia utilización de esas cláusulas en esas fechas.

8.- El hecho de que la escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior concedido al promotor, no de concesión *ex novo* del préstamo, y que se modificaran algunas de sus condiciones (importe del capital prestado, plazo de devolución, o incluso que, dado el contexto de bajada de tipos de interés, se redujera el tipo de interés remuneratorio para hacer atractiva la subrogación al comprador de la vivienda, y que consiguientemente se redujera el límite a la bajada del tipo de interés remuneratorio para adecuarlo a este), no permite afirmar que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la existencia de la "cláusula suelo" y la trascendencia que tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo. Al igual que cuando se trata de un primer contrato celebrado *ex novo* entre el banco y el consumidor, y no de una subrogación, que las partes negociaran el importe del préstamo, el plazo de devolución y el tipo de interés remuneratorio, incluso cuando el consumidor consigue unas condiciones más favorables que las inicialmente ofertadas por el banco, no significa necesariamente que en esa negociación estuvieran incluidas otras cláusulas, como es el caso de la llamada "cláusula suelo", ni que el consumidor tuviera conocimiento de su existencia y trascendencia.

9.- En este contexto, la afirmación contenida en la sentencia sobre el conocimiento que los prestatarios "necesariamente" habrían de tener de las cláusulas que se modificaban, englobando en ellas la "cláusula suelo", se revela, en este último extremo, como una valoración jurídica, que puede ser combatida en casación, y no como una afirmación fáctica.

10.- Por último, la cualificación profesional de uno de los prestatarios, que era un ejecutivo de una empresa de instalaciones, le habría permitido en todo caso comprender mejor la información que se le hubiera suministrado, pero no suplir la información que no se le suministró.

11.- La consecuencia de lo anterior es que, sin necesidad de entrar en el último motivo del recurso de casación, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada, el recurso de apelación, desestimado, y la sentencia de primera instancia, confirmada.

#### **OCTAVO.- Costas y depósitos**

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y procede condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede condenar al apelante al pago de tales costas.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por D. Everardo y D.ª Beatriz contra la sentencia núm. 52/2017, de 21 de febrero, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 548/2015.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español S.A. contra la sentencia 232/2014, de 10 de diciembre, del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona, y, en su lugar, desestimar dicho recurso de apelación y confirmar en sus propios términos la sentencia apelada.



**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación, condenar a D. Everardo y D.ª Beatriz al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y condenar a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

**4.º-** Devolver a los recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

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