



Roj: **STS 3134/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3134**

Id Cendoj: **28079110012019100505**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **1362/2017**

Nº de Resolución: **528/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 16/2017,**
STS 3134/2019,
AATS 14278/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 528/2019

Fecha de sentencia: 09/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1362/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 15

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1362/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 528/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 9 de octubre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Enma , representada la procuradora D.^a María José Rodríguez Teijeiro, bajo la dirección letrada de D. Jordi Vives i Bas, contra la sentencia núm. 25/2017, de 8 de febrero, dictada por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 234/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 599/2013 del Juzgado Mercantil n.º 7 de Barcelona, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Iban Andreu Pujadó.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Jesús de Lara Cidoncha, en nombre y representación de D.^a Enma , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular S.A en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.- Declare la nulidad de la siguiente condición general de la contratación de la siguiente escritura:

"1.- Escritura Pública de Compraventa con Subrogación y Novación de fecha 30/03/2009, ante el Notario de Barcelona D. JOSÉ FÉLIX BELLOCH JULBE, con número de protocolo 803. La Cláusula de tipo de interés: "Las partes acuerdan que, a efectos de obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,50% nominal".

"Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario.

"2.- Condene a la demandada a la devolución del préstamo de cuantas cantidades haya cobrado o cobre como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales.

"3.- Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición."

2.- La demanda fue presentada el 3 de septiembre de 2013 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 7 de Barcelona, se registró con el núm. 599/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Carlos Montero Reiter, en representación de Banco Popular Español, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda. Absolviendo a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora."

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 7 de Barcelona dictó sentencia n.º 175/2014, de 21 de julio , con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO parcialmente la demanda formulada por D. Jesús de Lara Cidoncha, en nombre y representación de Dña. Enma , DECLARO la nulidad de la cláusula definida en el fundamento de derecho primero de esta resolución y CONDENO a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a que abone a la demandante la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde el mes siguiente a mayo de 2013. Se hace imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada".

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.^a Enma presentó escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación de la sentencia apelada.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 234/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva dispone:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona con fecha 21 de julio de 2014 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y en su lugar desestimamos íntegramente la demanda de Enma .

"Desestimamos íntegramente el recurso de apelación de Enma .



"No hacemos imposición de las costas de la primera instancia apreciando la concurrencia de dudas de hecho y de derecho.

"No hacemos imposición de las costas de los recursos, apreciando en el de la Sra. Enma la existencia de dudas de derecho. Procédase a la devolución del depósito prestado por Banco Popular, S.A.".

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

1.- El procurador D. Jesús de Lara Cidoncha, en representación de D.^a Enma , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Infracción de los artículos 4,2 y 5 de la Directiva 93/13 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, artículos 5.5 y 7 b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios , con oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios".

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Enma contra la sentencia dictada, el día 8 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), en el rollo de apelación n.º 234/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 599/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes*

1.- El 30 de marzo de 2009, Dña. Enma suscribió una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con Banco Popular Español S.A. (actualmente Banco Santander S.A.), con un interés variable, si bien con una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado que impedía que el interés pudiera ser inferior al 3,5% nominal anual.

2.- La Sra. Enma formuló una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado y la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

3.- El juzgado 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, desde junio de 2013.

4.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad demandada y por la demandante (en cuanto a la retroacción de los efectos de la devolución de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula litigiosa). La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la entidad demandada y desestimó el de la demandante, por los siguientes y abreviados razonamientos: (i) La estipulación es clara y fácilmente comprensible; (ii) Se produjo una novación en la que se mantuvo la cláusula suelo y se eliminó la cláusula techo; (iii) En consecuencia, se cumplieron los requisitos de transparencia. Revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

SEGUNDO. - *Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad*

1.- La Sra. Enma interpuso recurso de casación por interés casacional, basado en un único motivo, en el que denunciaba la infracción de los arts. 5.2 y 5 de la Directiva 93/13/CE , sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; los arts. 5.5 y 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); y los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGU).



2.- En su desarrollo, se cita como infringida la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo 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 . La parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida no realiza el control de transparencia de la cláusula controvertida, sino que se limita a realizar un control de incorporación, sin advertir que no se ofreció a la prestataria ningún tipo de información precontractual, por lo que no pudo tomar conciencia de la carga jurídica y económica del contrato.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó que el mismo era inadmisibile, porque indica como infringidas normas sustantivas que no resultan de aplicación y porque no respeta la base fáctica de la sentencia recurrida.

Tales objeciones no pueden ser atendidas. En el motivo de casación se citan las normas sustantivas que se consideran infringidas (el acierto de dicha alegación no condiciona la admisibilidad, sino la estimación) y no se discute la valoración fáctica de la Audiencia Provincial, sino la valoración jurídica sobre si la información ofrecida por el prestamista a la prestataria supera o no el control de transparencia.

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 múltiples 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 *Mate i* ; 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 (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), 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.

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 aplicárseles 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.

5.- En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que se había superado el control de transparencia, porque la escritura de préstamo en que se incluyó la cláusula litigiosa suponía la novación de una escritura previa, y que la modificación consistió precisamente la supresión de la cláusula techo y el mantenimiento de la cláusula suelo, pero con un porcentaje diferente al inicialmente previsto; así como que la cláusula estaba redactada de manera clara y sencilla y era fácilmente comprensible.

6.- En cuanto a la suficiencia de la escritura pública, como declaramos en la sentencia 483/2018, de 11 de septiembre , 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).

7.- Pero, sobre todo, no consta la existencia de una información previa. 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* .

Como hemos dicho en la sentencia 170/2018, de 23 de marzo , la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar.

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 la demandante, 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.

8.- Tampoco consta que hubiera una información individualizada o separada sobre dicha cláusula, ni siquiera en cuanto a la modificación del suelo en la subrogación, pues en las estipulaciones iniciales se incluía dentro de un conjunto de cláusulas en que se introducían una pluralidad de menciones, no solo relativas a los intereses, sino también a bonificaciones, domiciliaciones, etc. Y de la misma manera se reproduce en la novación, si bien con el simple cambio del porcentaje.

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).

CUARTO.- Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia

1.- Como resultado de todo lo expuesto, los mismos argumentos utilizados para estimar el recurso de casación deben servir, al asumir la instancia, para desestimar el recurso de apelación de la entidad prestamista.

2.- En cuanto a la impugnación de la sentencia por la prestataria, que únicamente versaba sobre la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula, debe estimarse, en aplicación de la jurisprudencia emanada de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero, adaptada al pronunciamiento del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016 .

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia, pero con la precisión de que la devolución pleno 123/2017, de 24 de febrero cobradas por aplicación de la cláusula suelo ha de producirse desde dicha aplicación.

QUINTO.- 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 interpuesto por Banco Popular S.A. (actualmente, Banco de Santander, S.A.), por lo que deben imponérsele 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).



Asimismo, al haberse estimado la impugnación formulada por la demandante, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por esa impugnación, a tenor del art. 398.2 LEC .

3.- Igualmente, debe ordenarse 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 15ª, 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.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Enma contra la sentencia núm. 25/2017, de 8 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, en el recurso de apelación núm. /2015.

2.º- Casar y anular dicha sentencia, y desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por Caja Rural del Sur S.C.C. contra la sentencia núm. 175/2014, de 21 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona , en el juicio ordinario n.º 599/2013.

3.º- Estimar la impugnación formulada contra dicha sentencia de primera instancia por Dña. Enma , que confirmamos, pero con la precisión de que las cantidades a devolver serán las cobradas indebidamente desde que se aplicó la cláusula anulada.

4.º- Imponer a Banco Popular S.A. (actualmente, Banco de Santander, S.A.) las costas del recurso de apelación.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por la impugnación de la sentencia de primera instancia ni por el recurso de casación.

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

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

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

Así se acuerda y firma.