



Roj: **STS 112/2021 - ECLI:ES:TS:2021:112**

Id Cendoj: **28079110012021100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **3153/2017**

Nº de Resolución: **22/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9388/2017,**
STS 112/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 22/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3153/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN 4.^a

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3153/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 22/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 21 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Remedios , representada por la procuradora D.^a María del Carmen Ramos Aladueña, bajo la dirección letrada de D. Manuel Pérez Peña, contra la sentencia n.º 406/2017, dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 1107/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 820/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español, S.A., representado por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, y bajo la dirección letrada de D.^a Georgina Prat Llobet.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Anna Albalate Dalmases, en nombre y representación de D.^a Remedios , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

1) Declare la nulidad de la cláusula sita en el folio reverso y 9S0048018 de las escrituras, cláusula 3.3. Límite a la variación de tipo de interés aplicable.- que establece lo siguiente: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés anual mínimo aplicable en este contrato será del DOS POR CIENTO ANUAL", así como la de cláusulas concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

2) Que se tenga por no puesta dicha cláusula sita en el folio 9S0048017 reverso y 9S0048018 de las escrituras, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula, así como las concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

3) Para el caso de que S.S^a, de oficio, al considerar una consecuencia derivada los efectos de la nulidad la devolución de cantidades, interesa la restitución de las cantidades desde la firma de la escritura de préstamo hipotecario, de conformidad con el artículo 1.303 del Código Civil, debe destacarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante a la hora de señalar que, a pesar de que no haya sido solicitado por la partes, el tribunal pronunciarse sobre los efectos restitutorios de la nulidad declaradadado (sic) que la obligación de restitución no nace del contrato sino de la ley (Sentencias de 24 de marzo de 2.006 y de 22 de mayo de 2.006).

4) Subsidiariamente, para el supuesto de no devolución conforme a la aplicación el art. 1303 CC será desde 9 de mayo de 2013.

5) Condene a la demanda al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 17 de diciembre de 2005, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí, se registró con el n.º 820/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Roser Llonch Trias, en representación de Banco Popular Español, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dictar sentencia por la que desestimen íntegramente las pretensiones planteadas en el escrito de demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí, dictó sentencia de fecha 5 de julio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.^a Anna Albalate Dalmases, como demandante y en nombre y representación de D.^a Remedios contra la entidad Banco Popular Español, S.A., representado por la procuradora de los Tribunales D.^a Roser Llonch Trías, y en consecuencia absuelvo al demandado de las peticiones formuladas en su contra con expresa imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Remedios .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1107/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 14 de junio de 2017, cuya parte dispositiva dispone:



"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Remedios frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario nº 829/15 seguido ante el Juzgado de 1^a Instancia nº 8 de Rubí, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia, con imposición al apelante de las costas de este recurso".

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

1.- La procuradora D.^a Irene Sola Solé, en representación de D.^a Remedios , interpuso recurso de casación.

El motivo único del recurso de casación fue:

"El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, conforme a los arts. 1, 5 y 7 LCGC, art. 3.2 y 4.2 Directiva 13/1993, art. 10.1 a) LCU, art. 82 LGDCU, OM mayo de 1994, art. 48.2 Ley 41/2007, presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo".

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 7 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Remedios contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Cuarta) de 14 de junio de 2017, dictada en el rollo de apelación 1107/2016 y dimanante del procedimiento ordinario 820/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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 9 de diciembre de 2020 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 13 de enero del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente litigio partimos de los siguientes hechos relevantes.

1.- *El objeto del proceso.*

Es objeto del proceso la demanda interpuesta por D.^a Remedios , en la que ejercita una acción frente a Banco Popular, S.A., actualmente Banco de Santander, S.A., por medio de la cual postuló se declarase la nulidad de la cláusula 3.3 de la escritura de subrogación y novación de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 16 de marzo de 2010, por su carácter abusivo, al vulnerar la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, con base en los arts. 1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (en adelante LCGC), 3.2 y 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, 82 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, así como la Orden Ministerial de 5 mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

La cláusula en cuestión literalmente transcrita establece: "Límite a la variación del tipo de interés aplicable. - 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 a este contrato será de DOS POR CIENTO ANUAL".

Se sostiene que la precitada cláusula no supera el control de transparencia; es decir, el conocimiento de la carga material y jurídica a la que realmente se obliga el cliente con su suscripción, conforme a la doctrina establecida por la sentencia de este Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo.



La parte demandada, en síntesis, rechazó que la cláusula adoleciese de falta de transparencia, tanto en cuanto a su intrínseca redacción como por su encaje en el contrato, y pidió que se desestimase la pretensión de la actora.

2.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento de la demanda correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí, que dictó sentencia en la que desestimó la pretensión actora, por entender que la cláusula cuestionada no adolecía de oscuridad alguna, siendo perfectamente inteligible, tanto en cuanto a su redacción sencilla y clara como por su colocación sistemática en el contrato, con lo que supera el control de incorporación. Además, en el momento en que se firmó el préstamo litigioso, el interés inicial ya era inferior al suelo pactado (1,88 frente a un 2%), por lo que, desde el primer momento, se tenía constancia del alcance del suelo convenido. Se señaló que era público y notorio que los notarios autorizantes advertían a los adherentes de la inclusión de la cláusula en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario mediante la lectura de la correspondiente escritura pública, por lo que la parte actora estaba en condiciones de conocer que su contrato de préstamo a interés variable contenía una limitación al tipo de interés pactado.

Igualmente se razonó que se trataba de una escritura de subrogación al préstamo concedido al promotor que, por no ajustarse a las necesidades de la actora, se solicitó una modificación de sus originarias condiciones, lo que permite deducir el conocimiento de las estipulaciones anteriores a las que se sujetaba y entre ellas la cláusula suelo. La actora se subrogó en el préstamo hipotecario cuando el Euribor se encontraba a más del 0,6% por debajo del interés fijado para la primera anualidad. La información facilitada no estaba enmascarada, ni era confusa, ni impedía a la actora ser consciente de la incidencia del suelo.

3.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia, se interpuso por la demandante recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia de 14 de junio de 2017, confirmatoria de la pronunciada por el juzgado.

En dicha resolución se razonó, en síntesis, que la cláusula suelo en sí misma considerada es válida y que no nos encontrábamos ante un supuesto habitual de préstamo *ex novo*, sino ante una subrogación y novación del anterior concedido a la promotora; no obstante, no se limitó la parte adquirente y prestataria a subrogarse sino que se pactó la novación de alguno de sus contenidos, por no ajustarse a las necesidades de la prestataria. Ello supone, razona la sentencia, el conocimiento de los pactos del préstamo inicial, pues en otro caso no tendría sentido la novación, que lo modifica en determinados aspectos, en concreto, y en lo que ahora interesa, en el importe del préstamo que se amplía, en el plazo de amortización y en el interés remuneratorio, de manera que se estableció uno inicial fijo por un año (apartado 3.1), se predeterminó el sistema de variación del tipo sucesivo (apartado 3.2), y, a continuación y con la debida separación, un límite a la variación del tipo de interés o cláusula suelo (apartado 3.3).

El control de inclusión no fue cuestionado en el recurso y con respecto al control de transparencia se razonó que la mentada condición general se encontraba perfectamente ubicada dentro del apartado del contrato que regula los intereses, inmediatamente después del que establece el interés variable, sin solución de continuidad, de manera tal que no se hallaba el suelo oculto o disimulado. Se siguió, en definitiva, una lógica impecable: a) fijación de un interés inicial; b) determinación del interés variable aplicable a partir del segundo año; c) inmediatamente después y sin solución de continuidad, el establecimiento del límite a la variación de interés.

Por lo tanto, a poco que el cliente atendiera a la lectura del instrumento público de formalización del préstamo llevada a cabo por el notario autorizante, forzosamente tuvo que enterarse que, si el interés resultante de aplicar la fórmula del interés variable no alcanzaba el 2% de la cláusula suelo, se aplicaría ésta.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso de casación y desestimación de las causas de inadmisibilidad

1.- Formulación y desarrollo del recurso

El recurso de casación se formuló, por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Se alegaron como infringidos los arts. 1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (en adelante LCGC), 3.2 y 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, 82 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, así como la Orden Ministerial de 5 mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, en su redacción



dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que establece que "la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos". Se citó como jurisprudencia constitutiva del interés casacional las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo de 2015 y 23 de diciembre de 2015, relativas al control de transparencia en la contratación con consumidores.

En el desarrollo del motivo, se razonó que la intervención del notario no es en sí misma suficiente para dotar de transparencia a la escritura en lo relativo a la cláusula suelo, que no se dio información precontractual sobre las condiciones del préstamo, que no existió oferta vinculante ni se llevaron a efecto simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento del tipo de interés. Se consideró sin más, indebidamente cumplido, el requisito de la transparencia por la circunstancia de entender la sentencia recurrida que la actora tuvo oportunidad real conocer la cláusula suelo, a la cual no se le atribuyó, en el contrato suscrito, la condición de definitoria del precio y, por consiguiente, elemento esencial de la contraprestación de la prestataria, de modo que convertía un préstamo a interés variable en uno a interés fijo revisable únicamente al alza.

En definitiva, la demandante no pudo conocer, se sostuvo en el recurso, la carga económica que realmente supuso la suscripción del contrato; es decir la onerosidad o sacrificio patrimonial a que se comprometía a cambio de la obtención del préstamo; así como su carga jurídica; esto es, la definición clara de su posición tanto en los presupuestos o elementos típicos, que configuran el contrato celebrado, como en la asignación y distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del mismo.

2.- Análisis de los motivos de inadmisión del recurso

En su escrito de oposición al recurso de casación, la parte demandada alegó, al amparo del art. 485 párrafo segundo de la LEC, la concurrencia de causas de inadmisibilidad del recurso interpuesto, que fundamentó en diversas consideraciones.

(i) En primer término, por incumplimiento de los requisitos del encabezamiento de los motivos (arts. 473.2 y 483.2 LEC), en cuanto a la cita precisa de la norma infringida, sin que puedan acumularse preceptos heterogéneos en un mismo motivo. El recurso, se afirma, carece de claridad y precisión, no distingue el encabezamiento de su desarrollo. En apoyo de tal óbice de admisión se citó la sentencia 55/2020, de 23 de enero.

No podemos admitir las objeciones formales opuestas por la recurrida, ya que el recurso consta del correspondiente encabezamiento, en que se hace referencia expresa a las infracciones legales cometidas, que no se pueden considerar heterogéneas, en tanto en cuanto se refieren al control de transparencia en la contratación con consumidores.

No concurre, por ello, la *ratio decidendi* de la sentencia 55/2020, de 23 de enero, en la que no se identificaba, en el encabezamiento del primero de los motivos de casación, la norma sustantiva que se consideraba infringida, lo que constituye una exigencia mínima indispensable; puesto que, de no hacerse así, se desconoce la finalidad propia del recurso de casación, atribuyéndole una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara (sentencia 399/2017, de 27 de junio).

El recurso se reputó igualmente inadmisibile, en la precitada sentencia 55/2020, por mezclar preceptos y cuestiones heterogéneas, al haberse denunciado la infracción por aplicación indebida de los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, en relación con los arts. 81 y 82. 1, 2 y 3 del TRLCU, art. 5.5 LCGC, así como los arts. 1309 y 1261 del Código Civil (en adelante CC) y el art. 9.3 Constitución. Ante ese acopio indiscriminado de preceptos, se razonó en la resolución citada como precedente de la inadmisibilidad pretendida que:

"[...] se invocan como infringidos preceptos relativos a los requisitos de incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación y a su transparencia y abusividad (arts. 5.5 LCGC, 81 y 82 TRLDCU), con otros relativos a los requisitos esenciales de los contratos -consentimiento, objeto y causa- (art. 1261 CC), y en fin otro relativo a la extinción de las acciones de nulidad respecto de los contratos que hayan sido confirmados válidamente (art. 1309 CC), preceptos estos últimos que no guardan relación de coherencia con el contenido de las alegaciones vertidas, y todo ello a través de una exposición que incurre en múltiples reiteraciones, con un hilo argumental con frecuencia inconexo, dando lugar con ello, además, a un escrito de interposición de una innecesaria y excesiva extensión".

Ahora bien, las circunstancias contempladas en dicha sentencia no son extrapolables, como interesa la parte recurrida, al caso que nos ocupa; pues en éste sólo se citan preceptos concernientes a la incorporación al contrato de las condiciones generales, así como a las exigencias de transparencia para superar el control de abusividad, sin referencia alguna a los requisitos de existencia del contrato, ni a la confirmación de los contratos anulables, que sí constituyen cuestiones de clara naturaleza heterogénea, consideradas como motivos de inadmisión del recurso en la precitada sentencia de referencia 55/2020.



Por otra parte, en el recurso, que ahora nos ocupa, se diferencia perfectamente el encabezamiento de su desarrollo y se cita la jurisprudencia de la Sala que se reputa vulnerada por la sentencia de la Audiencia, indicándose en qué concretos aspectos.

(ii) La segunda de las excepciones a la admisibilidad se construye sobre la base de considerar que concurre una falta absoluta de claridad en el recurso, limitándose a transcribir partes de la sentencia de 9 de mayo de 2013, sin exponer las razones por las que entiende que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia de esta Sala.

Nos remitimos, para desestimarla, a lo antes expuesto, en el apartado primero este mismo fundamento de derecho, relativo al desarrollo del recurso interpuesto, en donde constan las razones por las que considera el recurrente que la sentencia de la Audiencia no respeta la doctrina de este tribunal y que permiten conocer, sin esfuerzo, los motivos de la impugnación, ejercitar el correspondiente derecho de defensa y dar una respuesta judicial motivada y congruente a la pretensión de nulidad ejercitada.

(iii) En tercer lugar, se estima que el recurso carece manifiestamente de fundamento, en tanto en cuanto la parte actora basa su impugnación en la alteración de la base fáctica de la sentencia recurrida, que considera acreditado el cumplimiento del doble control de transparencia. Se sostiene, en definitiva, que la demandante pretende que, por parte de esta Sala, se lleve a efecto una nueva valoración de la prueba.

En apoyo, de este óbice de admisibilidad, se cita en esta ocasión la doctrina de la sentencia 287/2020, de 11 de junio, cuando señala que, en el recurso de casación, debe respetarse la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica:

"(i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión) -vid. por todas, la Sentencia 484/2018, de 11 de septiembre-".

Ahora bien, en este caso, no se altera la base fáctica de la sentencia recurrida, haciendo supuesto de la cuestión, sino la valoración jurídica llevada a efecto por la Audiencia sobre la observancia de los requisitos relativos al control de transparencia y su adecuación a la doctrina de esta Sala, lo que constituye una problemática distinta fiscalizable a través del recurso de casación (sentencia 516/2020, de 8 de octubre).

(iv) Por último, se considera que el recurso no puede ser admitido a trámite, porque la sentencia de la Audiencia no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, que exige analizar caso por caso para comprobar si, en el concreto supuesto enjuiciado, se cumplieron o no los requerimientos del doble control de transparencia en la contratación con consumidores.

Este nuevo óbice de admisibilidad tampoco merece correr mejor suerte que los anteriores; puesto que, en el recurso de casación interpuesto, se cita la jurisprudencia que se considera vulnerada, se exponen las razones por mor de los cuales fue desconocida por la Audiencia y, todo ello, sin vulnerar la base fáctica de las instancias, que no puede confundirse con la problemática de su valoración jurídica, cuestión específica de derecho material o sustantivo, que se abordará al entrar en el conocimiento del recurso de casación interpuesto, una vez desbrozados y desestimados, como se hace, los motivos de inadmisibilidad opuestos por la parte recurrida en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa.

TERCERO.- Estimación del recurso, incumplimiento de los requisitos exigidos por el control de transparencia reforzado o de contenido en la contratación con consumidores

El recurso interpuesto ha de ser estimado por mor del conjunto argumental que se pasa a exponer en los apartados siguientes.

1.- La exigencia del control de incorporación en toda clase de contratos y el de transparencia reforzada en el supuesto de la contratación con consumidores

La sentencia recurrida considera cubiertas las exigencias derivadas del control de incorporación de las condiciones generales. Ahora bien, éste por sí solo no es bastante en la contratación con consumidores. En este sentido, existe una consolidada línea jurisprudencial que señala que la mera superación de la normativa de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), aplicable en la contratación con cualquier sujeto de derecho, es distinto del control de transparencia que rige exclusivamente en la contratación con consumidores (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo; 56/2020, de 27 de enero y 265/2020, de 9 de junio entre otras muchas).

2.- En la contratación con consumidores no basta que la cláusula sea clara, comprensible y destacada, sino que es necesario que el consumidor tenga el conocimiento real de la carga económica y jurídica del contrato suscrito

En la sentencia 105/2020, de 19 de febrero, declaramos al respecto que:

"La Audiencia entiende cumplido el control de transparencia porque considera que la cláusula es clara, comprensible y destacada. Pero no queda constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza. Como hemos recordado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, en este tipo de contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir".

En el mismo sentido, en caso similar, se expresa la sentencia 71/2020, de 4 de febrero, cuya doctrina reproduce la sentencia 265/2020, de 9 de junio, en los términos siguientes:

"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. [...]

[...] 4.- En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que se había superado el control de transparencia, porque la cláusula estaba redactada de manera clara y sencilla y era fácilmente comprensible, y el notario advirtió de su existencia, por lo que entiende que la entidad prestamista cumplió con las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre condiciones de transparencia de los préstamos hipotecarios (vigente en la fecha de suscripción del préstamo). Así como porque la cláusula suelo ya figuraba en la oferta vinculante que se entregó anticipadamente a la prestataria.

5.- 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.- En cuando 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)".

3.- Exigencias que comporta el deber de transparencia reforzada

En cuanto a las exigencias que comporta el deber de transparencia, que pesa sobre las entidades financieras, un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, del que son manifestación las sentencias 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril, 188/2019, de 27 de marzo; 433/2019, de 17 de julio, 265/2020, de 9 de junio, entre otras, las que, con cita de las SSTJUE, 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), viene entendiendo que:

"[...] 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 [...] 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, 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".

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que "el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13" (ap. 49), añade:

"50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que 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 (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).

51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular".

En definitiva, como señala la sentencia 346/2020, de 23 de junio:

"La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas 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".

4.- La intervención notarial no dispensa del cumplimiento del deber de información precontractual por las entidades financieras

La intervención notarial a la que tanta importancia se le da en las sentencias de instancia no dispensa del deber precontractual de información. En tal sentido se ha pronunciado, entre otras, en la sentencia 433/2019, de 17 de julio, en la que indicábamos:

"Se argumenta que el Notario efectuó una lectura extensiva de la escritura pública, pero también hemos advertido en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 367/2017, de 8 de junio; 36/2018, de 24 de enero y 357/2018, de 13 de junio, entre otras, que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por sí, la finalidad o razón de ser de ser la exigencia de transparencia. Del mismo modo que la intervención del notario no es suficiente para superar dicho control ante la ausencia de una información precontractual (SSTS 36/2018, de 24 de enero, 9/2019, de 11 de enero, 188/2019, de 27 de marzo entre otras).

El fedatario público interviene en el momento final del iter contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional. Así lo explica la STS 483/2018, al indicar: "De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día".

Tampoco el deber de poner a disposición del cliente la información precontractual necesaria y suficiente puede quedar reducido a que el prestatario tenga la posibilidad de acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos a su firma (STS 614/2017, de 16 de noviembre).

En la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que:

"[...] en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia".

Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir".



5.- La aplicación de la doctrina expuesta determina la estimación de la demanda

Pues bien, en este caso, en la sentencia de la Audiencia no se razona sobre el cumplimiento por el banco del deber de facilitar la suficiente información precontractual; lejos de ello, en la propia sentencia del Juzgado se señala que la única prueba a valorar es la documental, limitada exclusivamente al contenido de la escritura pública de subrogación y novación en el préstamo hipotecario. Se admite igualmente por la demandada que no hubo oferta vinculante al considerar que la misma no era necesaria.

El mero control de incorporación en cuanto a la redacción de la cláusula suelo no es suficiente, como hemos venido destacando, ni la intervención notarial en los términos indicados. La sentencia de esta Sala 53/2020, de 23 de enero, insistimos, ha declarado que la circunstancia de 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".

El préstamo se comercializó como a interés variable, sin destacarse debidamente que realmente era fijo con posibilidad única de revisión al alza. La mera subrogación en el préstamo hipotecario o incluso su novación, no dispensa al banco de la obligación precontractual de informar sobre la existencia de la cláusula de limitación al tipo de interés variable pactado.

En efecto, esta Sala ha abordado la cuestión del control de transparencia de las cláusulas suelo en los casos de subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor, sin eximir a las entidades financieras de sus obligaciones de transparencia con el prestatario consumidor subrogado, incluso y con mayor razón, en los supuestos de novación de algunas de sus condiciones contractuales, como, por ejemplo, en las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre; 24/2018, de 24 de enero; 216/2018, de 11 de abril; 519/2018, de 20 de septiembre; 53/2020, de 23 de enero; 338/2020, de 22 de junio; 346/2020, de 23 de junio y 512/2020, de 6 de octubre, entre otras.

Y, de esta manera, hemos declarado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se haya subrogado en el previamente concedido al promotor, que le vende la vivienda, no libera a la entidad bancaria prestamista de la obligación de suministrar al consumidor prestatario la información precisa para que pueda adoptar una decisión consciente de contratar, con plena constancia de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar, por su parte, un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

La experiencia demuestra como un número elevado de compras de viviendas en construcción o recién construidas se financian mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. En dicho contexto, 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 a 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.

Por otra parte, 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 (sentencia 53/2020, de 23 de enero).

Tampoco la circunstancia de que se hubiera novado el préstamo con garantía hipotecaria concedido al promotor implica, como conclusión necesaria, que se hubiera cumplido, por la entidad financiera, con las ineludibles exigencias de información precontractual sobre las consecuencias jurídicas y económicas que implicaba la predisposición de la cláusula de limitación del tipo de interés variable pactado, con respecto a las obligaciones asumidas y expectativas creadas a la consumidora demandante, máxime en el desarrollo de un contrato de larga duración con garantía de un bien de primera necesidad como la vivienda adquirida, al no darse entre ambos hechos -novación y cláusula suelo- un enlace racional y preciso conforme a un criterio humano fundado en máximas de experiencia.

En consecuencia, por mor del conjunto argumental antes expuesto y jurisprudencia de esta Sala, se estima el recurso de casación y se decreta la nulidad de la condición general postulada en la demanda, con las consecuencias derivadas de dicho pronunciamiento desde la fecha de celebración del contrato (sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero, adaptada al pronunciamiento de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, más recientemente sentencia 652/2019, de 5 de diciembre entre otras muchas), más los intereses legales "desde la fecha de cada cobro" (sentencias 541/2020, 19 de octubre; 220/2019, de 9 de abril; 626/2018, de 8 de noviembre y 677/2018, de 29 de noviembre entre otras).

CUARTO.- Costas y depósito



Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer las costas causadas por el mismo.

La estimación del recurso de apelación interpuesto conlleva no se haga expresa imposición de las costas correspondientes a la parte apelante (art. 398 LEC), imponiéndose al banco las concernientes a la primera instancia por estimarse la demanda (art. 394 LEC).

Con respecto a la devolución de los depósitos constituidos para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.ª 8 LOPJ, procediendo su restitución a la recurrente.

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 los demandantes contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2017, dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación 1107/2016, sin imposición de las costas correspondientes.

2.º- Casar la referida sentencia, y estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revocamos la sentencia de 5 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí, en los autos de juicio ordinario 820/2015, y, en su lugar, dictamos otra por mor de la cual decretamos la nulidad de la condición general 3.3. del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 16 de marzo de 2010, relativa al límite de valoración al tipo de interés aplicable, con restitución de las cantidades percibidas de más en aplicación de la precitada cláusula, desde la fecha de celebración del contrato, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro, todo ello con imposición de las costas procesales de primera instancia y sin que proceda hacer especial pronunciamiento con respecto a las correspondientes al recurso de apelación.

3.º- Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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.