



Roj: **STS 4261/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4261**

Id Cendoj: **28079110012017100617**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **1004/2015**

Nº de Resolución: **655/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 157/2015,**  
**STS 4261/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 655/2017**

Fecha de sentencia: 01/12/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1004/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2017

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: RDG

Nota:

Resumen

CASACIÓN núm.: 1004/2015

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 655/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno



D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 1 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 396/2014 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 287/2013, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Gabriela Cifuentes Juesas en nombre y representación de D. Juan Francisco y D.ª Dolores, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María del Pilar Pérez Calvo en calidad de recurrente y la procuradora doña María José Bueno Ramírez en nombre y representación de Banco Popular Español S.A, en calidad de recurrido.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador don Gonzalo Rocés Montero en nombre y representación de D. Juan Francisco y de D.ª Dolores, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Popular Español S.A. bajo la dirección letrada de D. Alfonso Paredes Pérez y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«a) Se declare nula de pleno derecho, por abusiva, la condición general de la contratación contenida en la cláusula Segunda del contrato de novación de préstamo hipotecario suscrito por los demandantes con fecha 15 de junio de 2005, que establece literalmente que "no obstante lo previsto en los párrafos anteriores, se acuerda y pacta expresamente que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 2,50%".

»b) Se condene a la demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario suscrito por los demandantes.

»c) Se condene a la demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades que ha cobrado de más en virtud de la aplicación de dicha cláusula nula, así como las cantidades que, durante la tramitación de este procedimiento, sean cobradas de más por la desmandada en aplicación de tal cláusula; todo ello con sus intereses legales según la liquidación que se practique en fase de ejecución de sentencia sobre las bases que han sido establecidas en el Hecho Tercero de la demanda.

d) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales causadas».

**SEGUNDO** .- El procurador D. Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Juan Barthe Marco y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, absolviendo a Banco Popular S.A., con expresa imposición de costas a la parte demandante».

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Gijón, dictó sentencia con fecha 23 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando sustancialmente la demanda formulada por la representación de Don Juan Francisco y Doña Dolores, frente a la a la BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo realizar los siguientes pronunciamientos:

1º) declarar nula de pleno derecho la cláusula contenida en la cláusula Segunda del contrato de novación de préstamo hipotecario suscrito por los actores con fecha 15 de junio de 2005, que establece literalmente: "no obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 2,50%", y se condene a la demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario suscrito por los demandantes.

2º) se condene a la entidad a reintegrar a la parte actora las cantidades que ha cobrado de más en virtud de la aplicación de dicha cláusula nula, así como las cantidades que, durante la tramitación de este procedimiento sean cobradas de más por la demandada en aplicación de tal cláusula; todo ello con sus intereses legales y según la liquidación que se practique en fase de ejecución de sentencia sobre las bases que han sido establecidos en el hecho tercero de la demanda



Todo ello con expresa condena a la demandada de las costas procesales causadas».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Popular Español S.A, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 16 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Con estimación del recurso interpuesto por la representación mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Tres de Gijón en procedimiento ordinario número 287 de 2.013, debemos revocarla dictando en su lugar otra por la que desestimamos la demanda planteada frente a dicha entidad reseñada por la representación de D. Juan Francisco y Dª Dolores . No se hace declaración sobre las costas causadas en ambas instancias».

La procuradora doña Gabriela Cifuentes Juesas, en nombre y representación de D. Juan Francisco y D.ª Dolores , presentó escrito solicitando la nulidad de actuaciones.

Por providencia de fecha 29 de enero de 2015 se acordó admitir a trámite el incidente excepcional de nulidad, dando traslado de dicha petición a la parte contraria.

El procurador don Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A. presentó escrito de oposición a la nulidad solicitada.

Por auto de fecha 12 de febrero de 2015, se resolvió el incidente planteado cuya parte dispositiva dice:

«1.- No ha lugar a estimar la nulidad de actuaciones pedida por la representación de D. Juan Francisco y Dª Dolores .

2.- Sin declaración en material de las costas causadas en el incidente»

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Juan Francisco y D.ª Dolores con apoyo en un único motivo: Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre condiciones generales abusivas y «cláusulas suelo» en los préstamos hipotecarios, contenida en la sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013 .

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 28 de junio de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1. La sentencia plantea, como cuestión de fondo, la aplicación del control de transparencia con relación a un préstamo hipotecario con la denominada cláusula suelo.

2. De los antecedentes del caso que han resultado acreditados, cabe destacar los siguientes.

I) La cláusula suelo fue incorporada por la entidad bancaria en la escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario, que suscribió con los clientes el 15 de junio de 2005, y que sustituyó a la primera escritura de préstamo hipotecario en la que los compradores se subrogaban sin novación alguna.

II) No hubo información precontractual, ni tampoco se realizó la oferta vinculante del préstamo hipotecario.

III) Tampoco hay prueba de que se realizaran simulaciones de los posibles escenarios con relación a la incidencia y operatividad de la cláusula en la ejecución del contrato proyectado.

IV) En la citada escritura pública de novación modificativa de préstamo hipotecario, la inserción de la cláusula suelo quedó contemplada en la estipulación segunda de la escritura, conforme al siguiente tenor:

«[...]SEGUNDA.- Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, se acuerda y pacta expresamente que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 2,50%».



3. En este contexto, D. Juan Francisco y D.<sup>a</sup> Dolores , prestatarios, presentaron una demanda contra el Banco Popular Español S.A., en la que solicitaron la nulidad de la cláusula suelo, entre otros extremos, por considerar que la inserción de dicha cláusula no superaba el control de incorporación y tampoco el control de transparencia.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró, en atención a los antecedentes señalados, que la entidad bancaria no había dado la importancia o la relevancia que para el cliente tenía la información de dicha cláusula para la correcta comprensión de la economía del contrato, por lo que no era suficiente la mera de redacción clara e inteligible de la cláusula para entender superado el control de transparencia.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia, con la desestimación de la demanda interpuesta.

En este sentido, y pese a los antecedentes señalados, justificó su decisión en atención a la siguiente argumentación:

«[...] En situaciones como la presente, esta sección ha entrado en la valoración de las concretas circunstancias del contrato litigioso (como consecuencia de la aplicación del criterio acerca de las acciones individuales derivadas de la sentencia de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013 ) para averiguar si, en cualquier caso, los intereses variables que eran los pactados se convertían a través de ese mínimo incluido en fijo. Pues bien, el interés de referencia establecido en el contrato firmado el 15 de junio de 2005 era el EURIBOR al que debía añadirse un 0,75 de diferencial. Si se tiene en cuenta que el EURIBOR en el momento en que se firma la escritura se encontraba en 2,099 y su variación en el año siguiente osciló entre el 2,098, en el mes de agosto, y el 2,636 en mayo de 2.006, el resultado de añadir el 0,75 al Euríbor lo situaba entre el 2,848 y el 3,386; al haberse fijado el suelo en un 2,50, la comparación determina que siempre haya estado por encima de la cláusula suelo, en concreto entre un 0,348 y un 0,886%, lo que determina un cierto recorrido y una conclusión exigida consistente en que en ningún momento el interés variable pactado se convirtió en fijo.

»Para concluir este fundamento debe reseñarse un párrafo del auto de aclaración a la sentencia de 9 de mayo de 2.013 , fechado el 3 de junio siguiente, en el que en su punto 17 puede leerse: "La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución previsible para el profesional, a corto o a medio plazo lo convertirá en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito". Puesto que esta circunstancia no ha concurrido y la expresión de la mencionada cláusula era suficientemente clara, debe entenderse la comprensión de la parte actora acerca de la misma como consecuencia de que la escritura de "novación modificativa de préstamo hipotecario" es suficientemente clara y concisa en relación con los dos únicos aspectos que se modificaban en el préstamo en el que se subrogaban los compradores sin que se vea afectada su comprensión por encontrarse entre otras dos a las que se refiere el fundamento segundo de la sentencia de instancia».

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

#### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO.- Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Control de transparencia.**

1. Los demandantes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, interponen recurso de casación que articulan en un único motivo.

En dicho motivo, denuncian la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta sala relativa a la abusividad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios, particularmente a raíz de la sentencia de 9 de mayo de 2013 . Argumentan que, en el presente caso, la citada cláusula no superaba el control de transparencia.

2. El motivo debe ser estimado.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo , 464/2014, de 8 de septiembre , 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y 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), 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 dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga



jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

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

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el **consumidor** no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica 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 presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la conclusión de la citada escritura de novación modificativa, en la que fue introducida la cláusula suelo, la entidad bancaria realizó ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba.

Control de transparencia que, por otro lado, no puede ser reconducido o asimilado al mero contexto circunstancial que refiere la sentencia recurrida, con relación al hecho de que el interés variable pactado haya estado por encima del interés mínimo establecido. Pues con independencia de esta referencia circunstancial, el control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato sujeto a condiciones generales de la contratación. De modo que el mero hecho de que la cláusula suelo no haya sido objeto de aplicación durante un periodo de tiempo no la convierte, sin más, en transparente.

**TERCERO.-** *Costas y depósitos.*

1. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso de casación, por lo que procede no hacer expresa imposición de las costas del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el demandado, Banco Popular Español S.A, por lo que procede imponerle las costas de su recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC .
3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

## FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Francisco y D.ª Dolores contra la sentencia dictada, con fecha 16 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 396/2014 , que casamos y anulamos para en su lugar confirmar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3, con sede en Gijón, de 23 de junio de 2014 , dictada en el juicio ordinario núm. 287/2013.
2. No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.
3. Imponer las costas del recurso de apelación a la parte demandada apelante.



4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ