



Roj: **STS 134/2018 - ECLI:ES:TS:2018:134**

Id Cendoj: **28079110012018100034**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2018**

Nº de Recurso: **1727/2015**

Nº de Resolución: **32/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1844/2015,**
STS 134/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 32/2018

Fecha de sentencia: 23/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1727/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SEVILLA SECCION N. 5

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1727/2015

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 32/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 23 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Alfredo y D.^a Natalia , representados por la procuradora D.^a María José Rodríguez Teijeiro, bajo la dirección letrada de D.^a Belén Rodríguez Ramírez, contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2015, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 8041/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1071/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla. Sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D. Alfredo y de D.^a Natalia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas y / o por falta de transparencia, de las siguientes condiciones generales de la contratación plasmadas en la escritura de fecha 26 de septiembre de 2008 ante el Notario de Sevilla Don Juan Pedro Montes Agustí bajo su n.º de protocolo 2.021 (acompañada de Documento N.º 1); que a su vez se contienen en la escritura originara entre la vendedora y la demandada (escritura otorgada en Sevilla el 9 de enero de 2007 ante el mismo fedatario público, bajo el n.º 43 de protocolo) del siguiente modo:

CONDICIONES PARTICULARES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE. Apartado 3):

"Los intereses a aplicar no podrán ser inferiores al 3,95 % nominal anual"

»2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dichas condiciones generales de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

»3. Condene a la demandada a la devolución al prestatario de las cantidades cobradas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo así como de cuantas cantidades cobre la entidad hasta la resolución definitiva del proceso o con posterioridad a éste, como consecuencia de la aplicación de las referidas cláusulas, con sus intereses legales.

»4. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición».

2.- La demanda fue presentada el 19 de julio 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, fue registrada con el n.º 1071/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] tenga por contestada la demanda seguida contra mi representada y, en su día, previos los trámites legales oportunos, acogiendo la excepción opuesta y/o entrando en el fondo del asunto, se sirva desestimar la misma con imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla dictó sentencia n.º 214/2014, de 20 de mayo , con la siguiente parte dispositiva:

«Que, ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de DON Alfredo Y DOÑA Natalia , frente a CAIXABANK, S.A.:

1.- Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del punto 3 de la cláusula tercera bis(tipo de interés variable) de las condiciones particulares del préstamo hipotecario otorgado en fecha 26 de septiembre de 2.008 por la entidad Monte de Piedad y Caja de ahorros de Huelva, Jerez y Sevilla (sustituida por CAIXABAN, S.A.) a favor de DON Alfredo y DOÑA Natalia , autorizada por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla, don Juan Pedro Montes Agustí, número de protocolo 2.021 y cuyo contenido literal es : "Los intereses a aplicar no podrán ser superiores al 15% nominal anual ni inferiores al 3.95% nominal anual".

La declaración comporta:



I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución), más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

III.- Que la parte actora, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dicha cláusula.

»2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

»3.- Impongo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 8041/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 11 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de la entidad CAIXABANK, S.A, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario, nº 1071/13, con fecha 20 de Mayo de 2014, la debemos revocar y revocamos, y en su lugar, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el Procurador Don Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de D. Alfredo y Doña Natalia , absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, sin declaración sobre las costas de ambas instancias».

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

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en representación de D. Alfredo y de D.ª Natalia , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), en relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec. 485/2012 , y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable y en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013 y de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, recurso 138/2014 .

Segundo.- Infracción del artículo 80.1 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 (a partir de ahora TR LGDCU), en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia, en cuanto a la legalidad) de las condiciones generales de la contratación e infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (misma a la del apartado anterior)».

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 11 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alfredo y D.ª Natalia contra la sentencia dictada, el día 11 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 8041/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 1071/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla».

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



4.- Por providencia de 13 de diciembre de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 26 de septiembre de 2008, D. Alfredo y Dña. Natalia suscribieron una escritura de compra de una vivienda a la entidad Inversiones Alberche S.L. y se subrogaron en el préstamo con garantía hipotecaria concertado por dicha empresa vendedora con la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez (actualmente, Caixabank S.A.), el 9 de enero de 2007, en cuya escritura se había incluido una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado, con el siguiente tenor literal:

«Tercera bis.- Tipo de interés variable.- Los intereses a aplicar no podrán ser superiores al 15% nominal anual ni inferiores al 3,95% nominal anual».

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

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

4.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad demandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación por los siguientes y abreviados razonamientos: (i) Los demandantes no solicitaron directamente el préstamo a la entidad financiera demandada, sino que se subrogaron en el que previamente había concertado la entidad financiera vendedora. (ii) En consecuencia, podrían haber examinado las condiciones en las que se concedió el préstamo a dicha empresa; y en la escritura de compraventa, los compradores afirmaron conocer y aceptar tales condiciones. (iii) Por tanto, los demandantes estuvieron, o pudieron estar, informados de la existencia de la limitación a la variabilidad del tipo de interés. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento*

1.- Los Sres. Alfredo y Natalia interpusieron recurso de casación por interés casacional, basado en dos motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, y 139/2015, de 25 de marzo. En su desarrollo, se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida no realiza el control de transparencia de la cláusula controvertida, sino que se limita a afirmar que, al haberse subrogado los compradores en el préstamo concertado por el vendedor, deberían haberse informado de sus condiciones, pese a que no se entregó a los clientes la oferta vinculante, ni se les ofreció ningún tipo de información precontractual.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU) y las mismas sentencias del Tribunal Supremo antes indicadas. Al desarrollarlo, se aduce, resumidamente, que la Audiencia Provincial no tiene en cuenta que no hubo ninguna información sobre la limitación a la variabilidad del tipo de interés.

2.- La evidente homogeneidad y conexión entre ambos motivos aconseja su resolución conjunta. Aunque debe advertirse que no tiene mucho sentido invocar como infringidos los arts. 5 (requisitos de incorporación) y 7 (no incorporación) LCGC, cuando el control de incorporación no es objeto de discusión, sino que la controversia recae en el control de transparencia.

TERCERO.- *Subrogación del consumidor comprador en el préstamo suscrito por el promotor vendedor*

1.- En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre, hemos indicado 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.

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

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

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

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

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

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

2.- En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb*; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler y Káslerne Rábai*; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *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, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia. Esta línea jurisprudencial se inicia en las sentencias 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre. Y se perfila con mayor claridad en las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio. Más específicamente, en relación con las denominadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; 705/2015, de 23 de diciembre; 367/2016,

de 3 de junio : 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 171/2017, de 9 de marzo ; 367/2017, de 8 de junio ; 593/2017, de 7 de noviembre ; y 643/2017, de 24 de noviembre .

En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

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

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

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

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

6.- En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la cláusula por la mera subrogación, ya hemos dicho que la sucesión contractual no revelaba a la entidad financiera de su deber de transparencia. Y en el caso que nos ocupa, ni siquiera consta que se entregara a los prestatarios la oferta vinculante, ni que se les ofreciera ningún tipo de información precontractual sobre la limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio.

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



Hemos dicho que la trascendencia de esta estipulación consiste en que el préstamo concertado por el demandante no era propiamente un préstamo a interés variable, en el que las variaciones del índice de referencia, el euribor a un año, podían beneficiar a cualquiera de las partes del contrato, sino que, en la práctica, era un préstamo en el que la variación del índice de referencia solo podía beneficiar al banco, pues aunque el euribor bajara significativamente, el prestatario apenas podría beneficiarse de tal bajada, mientras que si el euribor subía, el consumidor se vería perjudicado por tal subida. Es llamativo que, pese a lo expresado, la cláusula suelo sea un simple inciso dentro de un extenso y farragoso apartado referido a los intereses del préstamo, en un préstamo que se oferta, *prima facie*, como un préstamo a interés variable, referenciado a un índice oficial como es el euribor. Ese simple inciso de apenas unas líneas modifica completamente la economía del contrato.

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

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

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

8.- La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que supone la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece. En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al 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.

9.- 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).

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

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, por lo que deben imponerse a Caixabank las costas causadas por el mismo, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC (sentencia del Pleno de la Sala 419/2017, de 4 de julio).



3.- Igualmente, conlleva la devolución del depósito constituido para la formulación del recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Alfredo y D.ª. Natalia contra la sentencia de 11 de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el recurso de apelación n.º 8041/2015 .

2.º- Casar y anular dicha sentencia, y desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por Caixabank S.A. contra la sentencia núm. 214/2014, de 20 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla , en el juicio ordinario n.º 1071/2013, que confirmamos.

3.º- Imponer a Caixabank S.A. las costas del recurso de apelación.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.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.