



Roj: **STS 1489/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1489**

Id Cendoj: **28079110012018100236**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2018**

Nº de Recurso: **3135/2015**

Nº de Resolución: **240/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2474/2015,**
STS 1489/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 240/2018

Fecha de sentencia: 24/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3135/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/04/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

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

Transcrito por: GM

Nota:

CASACIÓN núm.: 3135/2015

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 240/2018

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 24 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 10278/14 por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1424/13, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.ª María de Flores Hidalgo Morales, en nombre y representación de la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª María Dolores Fernández Bonillo en calidad de recurrente, y la procuradora D.ª Isabel Afonso Rodríguez en nombre y representación de la entidad Banco Mare Nostrum, S.A. en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.ª María Dolores Fernández Bonillo, en nombre y representación de D. Luis Pablo , interpuso demanda declarativa de nulidad y reclamación de cantidad, contra Banco Mare Nostrum, S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.- Se declare nula con respecto a mi representado la cláusula obrante al folio 5 de la Escritura Pública de fecha 9 de Septiembre de 2009, del Sr. Notario D. Luis Marín Sicilia, núm. De protocolo 1867, cuyo apartado 2). dice:

» En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo de tres enteros por ciento nominal anual (3,00%), y un máximo del catorce enteros por ciento anual (14%, cualquiera que sea la variación que se produzca.

»2.- Quede pues obligado mi representado con Banco Mare Nostrum, S.A. al pago de un tipo de interés nominal equivalente a Euríbor de interés tipo referencia más 1,00 puntos.

»3.- Se condene a la demandada a la devolución al prestatario de cantidades concretadas en el informe pericial aportado, es decir: a 2.960,28? más las cantidades que cobre igualmente de forma indebida desde la fecha de realización del Informe pericial hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula suelo, con sus intereses legales e incrementados en su caso devengados desde la fecha de cada cobro periódico,

»4.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.»

SEGUNDO.- La procuradora D.ª María de Flores Hidalgo Morales, en nombre y representación de Banco Mare Nostrum, S.A., presentó escrito de contestación en el que solicitaba:

«[...] dicte Sentencia desestimando íntegramente las pretensiones contenidas en aquélla y absolviendo a mi representada de los pedimentos contra ella formulados, con expresa imposición de costas al actor».

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 núm. 1 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 11 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D. Luis Pablo , contra la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., y en consecuencia:

»Declaro la nulidad de las cláusulas limitativas del interés variable que se contienen en : estipulación D) Intereses página QP4371900 del contrato celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Luis Marín Sicilia, el día 9 de septiembre de 2009 con protocolo nº 1867, en la estipulación C) Intereses Ordinarios página 9J8261403 del contrato de novación celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Luis Marín Sicilia, el día 9 de septiembre de 2009 con protocolo nº 1868. La declaración de nulidad comporta:

»1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario y sus novaciones desde su constitución como si nunca hubiera estado incluidas las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»2. Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.



»3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse.

» Declaro la subsistencia del resto de los contratos.

» Acuerdo que, firme que sea esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia al mismo.

» Más la condena en costas.»

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Mare Nostrum, S.A., la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 11 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.^a María de Flores Hidalgo Morales, en nombre y representación de la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., contra la Sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº.1 de Sevilla, en los autos de Juicio Ordinario nº. 1421/13; la debemos revocar y revocamos íntegramente, y en su lugar, con desestimación de la demanda, debemos absolver y absolvemos a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, sin declaración sobre las costas de ambas instancias.»

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación, la representación procesal de D. Luis Pablo, argumentando:

Recurso de casación fundado en dos motivos.

«Primero. Al amparo del artículo 477.1 y 2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Excm. Audiencia Provincial de Sevilla vulnera los artículos 80 y 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 **Consumidores** y Usuarios, así como el artículo 8.2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la Contratación -LCGC- vulnerando la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 9 de mayo de 2013, número 241/2013, y 8 de septiembre de 2014, número 464/2014.

»Segundo. Al amparo del artículo 477.1 y 2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Excm. Audiencia Provincial de Sevilla vulnera el artículo 1303 del Código Civil, y la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2013, número 241/2013, y 25 de marzo de 2015, número 139/2015.»

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de enero de 2018 se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido la procuradora D.^a Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de Banco Mare Nostrum, 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 4 de abril en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. D. Luis Pablo interpuso una demanda contra Caja Granada (en la actualidad Banco Mare Nostrum, S.A.) en la que solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura pública, de 9 de septiembre de 2009, en la que se subrogaba en el préstamo hipotecario concedido al promotor y en la escritura pública, de idéntica fecha, en la que se novaba el anterior préstamo, por ser abusiva, con ausencia de la claridad y transparencia exigible.

El contenido de la cláusula tenía el siguiente tenor:

«Una vez revisado el tipo de interés resultante, en ningún caso podrá ser superior al CATORCE ENTEROS POR CIENTO (14%) nominal anual, ni inferior al TRES ENTEROS, VEINTICINCO CENTÉSIMAS POR CIENTO (3,25%) nominal anual»

En el préstamo al promotor, el interés mínimo era del 3%.

2. La entidad bancaria se opuso a la demanda. Alegó que existió una novación, que la cláusula suelo era lícita y que el cliente fue informado de forma suficiente.



3. El Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda. Tras declarar su naturaleza de condiciones generales, consideró que dichas cláusulas no superaban el control de transparencia. Las ofertas vinculantes no fueron incorporadas a las escrituras, de modo que la mera recepción de las mismas por el cliente no acreditaba que tuviera conocimiento de su trascendencia e incidencia en la ejecución del contrato. No existía constancia de que la entidad bancaria hubiera presentado al prestatario simulaciones de subidas y bajadas del índice de referencia, ni advertencias del coste en comparación con otros productos de la entidad. Por lo que declaró su nulidad y condenó a la demandada a restituir las cantidades que el prestatario había pagado por la aplicación de la cláusula suelo.

4. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la sentencia de la Audiencia lo estimó y revocó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil. En síntesis, declaró:

«[...] En cualquier caso, al haberse producido una novación en determinadas cuestiones del préstamo, es innegable que ha existido un proceso negociador, parcial y limitado a las cuestiones que se alteran, de las inicialmente pactadas.

»En estas circunstancias no se puede negar que estuvo en perfectas condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de cláusula, y que no ha adverado que no dispusiese ni percibiera el contenido de dicha cláusula que define el objeto principal del contrato, dado que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, es decir, tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

» En relación con la escritura de compraventa, subrogación hipotecaria, así como la posterior novación, aparte de ser plenamente diáfano y comprensible los términos de la cláusula, parece claro que el actor tomó la decisión de firmarla con pleno conocimiento de causa, siendo difícil pensar que no tuviera perfecta comprensión tanto del límite a la variación del tipo de interés aplicable, como de la importancia de eses mínimo aplicable en las consecuencias económicas del contrato.».

5. El demandante interpone recurso de casación que articula en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Control de transparencia. Subrogación y novación del préstamo hipotecario. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. En el motivo primero el recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, denuncia la infracción de los arts. 80 y 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de abril, así como del art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

2. El motivo debe ser estimado.

3. 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 éste Tribunal Supremo.

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 Rabel*; 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. 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.

5. 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.

6. En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre , hemos indicado que el hecho de 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

7. En el presente caso, 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.

De la prueba practicada se desprende que la entidad bancaria no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras, la de subrogación y la de novación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato.

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

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

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en 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 *VanHove*, párrafo 47; 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , caso *Gutiérrez Naranjo*; y 20 de septiembre de 2017, asunto C- 186/16 , caso *Andriuc*.



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 comportar en el desarrollo del contrato.

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. Por lo que debe concluirse que la cláusula suelo no superó el control de transparencia.

8. En el motivo segundo el recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC denuncia la infracción del art. 1303 del Código Civil, así como la vulneración de la jurisprudencia de esta sala en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015. Todo ello con relación a la de procedencia de la restitución de los intereses de las cláusulas suelo.

9. El motivo debe ser estimado.

Conforme a la doctrina jurisprudencial de esta sala a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 21 de diciembre de 2016, caso Gutiérrez Naranjo), procede declarar la restitución íntegra (*ex tunc*) de los intereses cobrados de más por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, más los intereses legales desde la fecha de su aplicación.

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

TERCERO.- Costas y depósito.

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 Banco Mare Nostrum, S.A. las costas causadas por el mismo, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

3. Igualmente, comporta la devolución del depósito constituido para la formulación del recurso de casación, de conformidad con 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. Luis Pablo contra la sentencia dictada, con fecha 11 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 10278/2014.

2. Casar y anular dicha sentencia, y desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Mare Nostrum, S.A. contra la sentencia núm. 355/2014, de 11 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en el juicio ordinario núm 1424/2013, que confirmamos.

3. No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

4. Imponer a la parte demandada apelante las costas de su recurso de apelación.

5. 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.