



Roj: **STS 2192/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2192**

Id Cendoj: **28079110012018100340**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **3146/2015**

Nº de Resolución: **355/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2484/2015,**
STS 2192/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 355/2018

Fecha de sentencia: 13/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3146/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3146/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 355/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 13 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 30 de septiembre de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1528/2013 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D.^a Estrella, representada por la procuradora D.^a Amalia Josefa Delgado Cid y bajo la dirección letrada de D. Manuel Pérez Peña.

Es parte recurrida Banco Popular S.A., representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Rafael Monsalve del Castillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Manuel Claro Parra, en nombre y representación de D.^a Estrella, 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 4130436 de las escrituras, documento nº 2, donde se recoge una cláusula 3.3 límite a la variación del 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 nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4%".

» 2) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 11 de diciembre de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 1528/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en representación de Banco Popular S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, dictó sentencia 262/2014 de 9 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Acuerdo rectificar la sentencia de fecha 09/07/14 de forma que su parte dispositiva será la siguiente:

» Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D.^a Estrella contra la entidad Banco Popular S.A., y en consecuencia:

» - Declaro la nulidad, por tener el carácter abusivo por falta de transparencia, de la cláusula 3.3, página nº PH4130436 del contrato celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Francisco José Maroto Ruiz, el día 15 de junio de 2007. La declaración de nulidad comporta:

» 1) 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.

» 2) Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, 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 dicha cláusula, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse.

» - Declaro la subsistencia del resto del contrato.

» - 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 en el mismo.

» Más la condena en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Banco Popular S.A. La representación de D.^a Estrella se opuso al recurso.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 8912/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 30 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«Que, estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 9 de julio de 2014, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad , en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, debemos absolver y absolvemos por completo a la demandada, Banco Popular S.A., de los pedimentos de la demanda formulada en su contra por Doña Estrella , sin que se haga imposición del pago de las costas causadas en ambas instancias».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. José Manuel Claro Parra, en representación de D.^a Estrella , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- 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 24 de enero de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Popular S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- La hoy recurrente, D.^a Estrella , interpuso una demanda contra Banco Popular S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular) en la que solicitó la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo inserta en la escritura pública de compraventa de vivienda y subrogación en préstamo hipotecario que suscribieron el 15 de junio de 2007, que establecía un interés mínimo del 4% anual.

2.- Banco Popular se opuso a la demanda y alegó la existencia de una escritura de novación del préstamo hipotecario, suscrita en la misma fecha, en la que se modificaban diversas estipulaciones del préstamo hipotecario, y en concreto, la cláusula suelo, en la que el mínimo quedaba fijado en un 3,5%.

3.- En la audiencia previa la demandante alegó no haber tenido conocimiento de la existencia de la escritura de novación en el momento de redacción de la demanda, por lo que solicitó que se declarara la nulidad de la cláusula suelo de la escritura de novación del préstamo hipotecario, solicitud a la que no se opuso la parte demandada.

4.- El juzgado dictó una sentencia en la que declaró la nulidad de la cláusula suelo de la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario, por falta de transparencia, y condenó a Banco Popular a devolver a los demandantes las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula.

5.- La demandante presentó un escrito en el que, con base en los arts. 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , solicitó que se rectificara el fallo de la sentencia en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula suelo tal como quedó fijada en la escritura de novación del préstamo hipotecario. El juzgado denegó la solicitud.

6.- Banco Popular apeló la sentencia y solicitó que la demanda fuera desestimada. D.^a Estrella se opuso al recurso y además impugnó la sentencia. En la impugnación solicitó que se declarase la nulidad de la cláusula suelo tal como había quedado redactada en la escritura de novación del préstamo hipotecario.

7.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la impugnación, por lo que revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y desestimó la demanda.

8.- La demandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

9.- La recurrida, Banco Popular, alega la existencia de numerosas causas de inadmisión.



Sobre esta cuestión, este tribunal fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso núm. 485/2012), que ha sido asumido en las sentencias posteriores (351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , entre otras). Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

10.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

11.- En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y el interés casacional es evidente a la vista de cuál ha sido la jurisprudencia de este tribunal sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo.

Asimismo, se plantean como causas de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del único motivo del recurso de casación se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnera los arts. 1 , 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , arts. 3.2 y 4.2 de la Directiva 13/1993 , art. 10.1.a) de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, OM mayo de 1994 y art. 48.2 Ley 41/2007 , pues contradice la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la prestataria no recibió la información necesaria para conocer la existencia de la cláusula suelo, que se encontraba incluida en un marasma de estipulaciones, sin explicitación alguna de su carácter definitorio del precio del préstamo. Y expone que la sentencia de la Audiencia Provincial no se ajusta a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 .

TERCERO.- *Decisión del tribunal. El control de transparencia de las cláusulas suelo en los supuestos de subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al vendedor*

1.- Como recordábamos en las sentencias 593/2017, de 7 de noviembre , y 643/2017, de 24 de noviembre , una cláusula suelo idéntica a la que ahora es objeto de enjuiciamiento y predispuesta en los mismos términos por la misma entidad bancaria fue analizada y declarada nula en la sentencia de pleno de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre . Dijimos en aquella resolución que esa condición general de la contratación, pese a su comprensibilidad gramatical, no supera el control de transparencia, puesto que con independencia de la prestación del consentimiento por parte del prestatario y de su reflejo en la correspondiente escritura pública, no garantizaba que el **consumidor** pudiera tener conocimiento efectivo del coste del contrato y, en particular, de



que el interés que aparentemente era variable, realmente no era sino un interés fijo variable al alza en función de las oscilaciones del mercado, pero nunca inferior a dicho tope mínimo. De donde se deducía, conforme a la jurisprudencia de la sala, que, al no rebasar la condición general de la contratación puesta en entredicho el control de transparencia, debía declararse su nulidad, a tenor de los arts. 8.2 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

Añadíamos en dicha resolución que, aunque la cláusula suelo sea relativamente clara en su formulación, no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en un determinado tipo porcentual, sino que ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Y se daba la circunstancia de que la cláusula quedaba envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos que dificultaban la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no era otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino en la práctica un contrato a interés fijo (en el caso objeto del recurso, el 4%, en la primera escritura, y el 3,5%, en la segunda) únicamente variable al alza. Es decir, se enmascaraba que el **consumidor** no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza.

2.- Lo expuesto no significa que lo ya resuelto en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , tenga efecto de cosa juzgada en este procedimiento. En aquella ocasión se enjuició una acción colectiva y en esta una acción individual. Para evitar inútiles reiteraciones, nos remitimos a lo declarado en el fundamento de derecho segundo de la sentencia 367/2017, de 8 de junio , que se pronunció sobre la interrelación entre las acciones colectivas e individuales, con aplicación de la jurisprudencia constitucional y comunitaria al respecto: sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14 , y sentencias del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre , y 206/2016 , 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre .

Pero ello tampoco quiere decir que el pronunciamiento de la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , no surta ningún efecto en este procedimiento. Como hemos dicho en la citada sentencia de pleno 367/2017, de 8 de junio (también en un caso en que la parte demandada era Banco Popular), la sentencia que estimó la acción colectiva debe tener como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de esta cláusula suelo, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente.

3.- Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, 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.

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, habida cuenta de que por la fecha de firma del contrato el precepto aplicable era el art. 10.1.a de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , hemos exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los **consumidores** cumplan con el requisito de la transparencia. Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, 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 le facilitó 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 las cláusulas controvertidas superan el control de transparencia pues están redactadas de forma clara y comprensible. Que, al haberse subrogado el **consumidor** en el préstamo al promotor, no puede exigirse al banco ninguna obligación respecto de la transparencia del préstamo y, en concreto, no puede exigirsele que informe al prestatario. Y que, al existir una novación del contrato, ha existido una negociación y un conocimiento de la cláusula por parte de la prestataria.

6.- Respecto de la primera cuestión, parece que la sentencia recurrida considera que el simple control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC basta para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia que imponen los arts. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 10.1.a de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios (actualmente, arts. 60.1 y 80.1 TRLCU).

La Audiencia no tiene 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 y no se había facilitado a la prestataria información previa sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo que le permitiera calibrar si le interesaba subrogarse en el préstamo hipotecario otorgado a la promotora o concertar un préstamo con otro banco.

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 jurisprudencia recaída en esta materia, puesto que en tales circunstancias 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 el prestatario.

7.- La trascendencia de esta estipulación consiste en que, en un préstamo en el que, en teoría, el interés es variable, aunque el euríbor baje significativamente, la existencia del suelo impide que el prestatario se beneficie plenamente de tal bajada, especialmente en aquellos supuestos en los que el tipo de interés inicial está próximo al que resulta de la aplicación del suelo.

Es llamativo que, pese a su importante incidencia, la cláusula suelo sea un simple inciso dentro de un extenso apartado referido a los intereses del préstamo, que se oferta como un préstamo a interés variable, referenciado a un índice oficial como es el euríbor. Ese simple inciso de apenas unas líneas modifica completamente la economía del contrato. Sin embargo, se le ha dado un tratamiento marginal, puesto que no consta que se advirtiera claramente al prestatario de esa circunstancia cuando se le ofertó la subrogación en el préstamo, dado que no existió información contractual alguna por parte del banco.

8.- Sobre este particular, otro de los argumentos por los que la sentencia recurrida revoca la sentencia del Juzgado Mercantil y desestima la demanda es que, al tratarse de una subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor, y no de un préstamo concedido específicamente para la compra de la vivienda, no puede exigirse al banco que facilite ninguna información al prestatario para que la cláusula supere el control de transparencia.

9.- La subrogación del **consumidor** adquirente de la vivienda en el préstamo hipotecario que para financiar su construcción obtuvo el promotor, exige la intervención de la entidad bancaria que concedió el préstamo, puesto que esta tiene que consentir dicha subrogación.

10.- En las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre, 24/2018, de 17 de enero, y 42/2018, de 26 de enero, afirmamos:

«[...] el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al **consumidor**, sino que este se subrogue 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».

Por tanto, sin perjuicio de la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información relativa al préstamo que en su día les fue concedido y en el que el comprador se dispone a subrogarse, la entidad bancaria, que tiene intervención pues debe prestar su consentimiento a la subrogación de un nuevo deudor, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados.

11.- La Audiencia Provincial ha considerado que quien estaba obligado a informar al comprador de la vivienda sobre la existencia de una cláusula suelo en el préstamo hipotecario en que se subrogaba, era exclusivamente el vendedor y no el prestamista. Esta tesis se opone a la doctrina establecida por esta sala.

Banco Popular debió informar al comprador de la vivienda de la existencia de una cláusula suelo, en los términos fijados por este tribunal en la jurisprudencia que se inicia con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo . No lo hizo y el **consumidor** no recibió información adecuada sobre la existencia de la cláusula suelo, razón por la cual esta no supera el control de transparencia.

12.- El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16 , caso *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 supera si no se facilitó al **consumidor** la información adecuada.

13.- El banco no suministró información adecuada a la prestataria sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras. La Audiencia lo justifica declarando que, al tratarse de una subrogación, no tenía obligación de hacerlo. Cuando la prestataria adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés.

14.- 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 *Van Hove* , 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 las cláusulas que regulan el precio en 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 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.

15.- Banco Popular alega que el recurrente pretende que se revise la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial, pues esta habría afirmado que las cláusulas suelo fueron negociadas puesto que el préstamo fue novado.

La objeción no se admite. Es cierto que en la Audiencia hace referencia a esa negociación, pero más que como un hecho, lo hace como una conclusión jurídica derivada de la existencia de una novación.

Ha de considerarse que, de haber existido tal negociación (la demandante ignoraba incluso la existencia de la novación, de ahí que en su demanda se refiriera solamente a la escritura de subrogación) la misma vendría referida a extremos tales como la duración del préstamo o el tipo de interés remuneratorio, pero no a extremos a los que el predisponente otorgó un tratamiento secundario, como era la cláusula suelo, sobre la que no existe prueba alguna de la existencia de negociaciones previas a la firma de las escrituras públicas.

16.- Por tanto, que la redacción de las cláusulas suelo, aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concesión *ex novo* del préstamo, y que se modificara el plazo de devolución y el interés remuneratorio, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado a la prestataria información adecuada para que la misma conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo.

17.- Como resultado de todo lo expuesto, el recurso de casación deber ser estimado y debe revocarse la sentencia recurrida.

18.- Al asumir la instancia, no solo debe desestimarse el recurso de apelación, sino que también debe estimarse la impugnación.

La demandante, en la audiencia previa, alegó que no había tenido información adecuada sobre la novación del préstamo. Al tener conocimiento de la novación, a raíz de la contestación a la demanda formulada por Banco Popular, modificó oportunamente su pretensión en la audiencia previa. Tal modificación no puede considerarse improcedente puesto que se trataba de una pretensión homogénea respecto de la formulada en la demanda, que no modificaba sustancialmente la naturaleza de la pretensión ejercitada, dado que venía referida a la nulidad de la cláusula suelo tal como había quedado tras la novación, por lo que tenía pleno encaje en la previsión contenida en el art. 426.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO .- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de la impugnación de la sentencia del Juzgado Mercantil.

Procede condenar a Banco Popular a las costas del recurso de apelación y de la primera instancia.

Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



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.^a Estrella , contra la sentencia de 30 de septiembre de 2015, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 8912/2014 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la impugnación de la sentencia de primera instancia, y en su lugar acordamos:

2.º.1.- Desestimar el recurso de apelación formulado por Banco Popular S.A. y estimar la impugnación de la sentencia del Juzgado Mercantil formulada por D.^a Estrella .

2.º.2.- Revocar en parte la sentencia 262/2014, de 9 de julio, del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla , en el sentido de que hacemos extensiva la nulidad declarada en dicha sentencia a la cláusula suelo resultante de la novación del contrato de préstamo, acordada por escritura de 15 de junio de 2007 otorgada por el notario D. Francisco José Maroto Ruiz, con número de protocolo 1478, que fijaba el interés mínimo en un 3,5% anual.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni de la impugnación de la sentencia del Juzgado Mercantil y condenar a Banco Popular a las costas del recurso de apelación y de la primera instancia .

4.º- Devolver a la recurrente el depósito constituido para interponer el 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.