

CASACIÓN núm.: 514/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

## **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil**

### **Sentencia núm. 643/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 24 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 17 de diciembre de 2014, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 807/2013 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, sobre nulidad contractual.

El recurso fue interpuesto por  
por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Rodríguez Teijeiro y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Belén Rodríguez Ramírez.

Es parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro.

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

descargada en [www.asufin.com](http://www.asufin.com)

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de \_\_\_\_\_, 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, por tener el carácter de cláusulas abusivas y/o falta de transparencia, de las siguientes condiciones generales de contratación:

» a) Escritura de compraventa con subrogación de fecha 27 de octubre de 2006 ante el Notario de Sevilla

\_\_\_\_\_ . Modificación del tipo de interés.

Subapartado 2.4. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (folio 14 de la escritura):

» “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 el 4 %”.

» b) Escritura de fecha 24 de abril de 2009 ante el Notario de Sevilla

\_\_\_\_\_ : Estipulación segunda.

Modificación de los intereses. Apartado 2.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (folio 16 de la escritura):

» 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 el 3%”.

» 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 16 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla y fue registrada con el núm.

807/2013. 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 Español S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, dictó sentencia 34/2014 de 10 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo íntegramente la demanda interpuesta por \_\_\_\_\_, con los siguientes pronunciamientos:

» 1º) Declaro la nulidad de la cláusula del contrato de 27/10/06 que es del siguiente tenor:

» «Límite a la variación del tipo de interés aplicable: No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será el 4%».

» Asimismo declaro la nulidad de la cláusula del contrato de 24/4/09 que es del siguiente tenor:

» «Límite a la variación del tipo de interés aplicable: No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3%».

» La declaración de nulidad llevará consigo los efectos restitutorios señalados en el último párrafo del fundamento de derecho 5º de esta resolución.

» 2º) Condeno a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas de esta instancia.

» 3º) Líbrese mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación a los efectos de que se proceda a la inscripción de la presente sentencia».

## **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español S.A. La representación de D. \_\_\_\_\_ se opuso al recurso interpuesto de contrario.

**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 3745/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia el 17 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso interpuesto por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictado en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de  
d, contra la apelante, absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias».

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

**1.-** El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en representación de  
, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988, 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 la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013».

«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 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 la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013».

**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 28 de junio de 2017, que admitió

el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

**3.-** Banco Popular Español S.A., se opuso al recurso de casación interpuesto.

**4.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-** *Antecedentes del caso*

**1.-** interpuso una demanda contra Banco Popular Español S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular) en la que solicitaba la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en la escritura pública, de 27 de octubre de 2006, en la que se subrogaba en el préstamo hipotecario concedido al promotor y en la escritura pública, de 24 de abril de 2009, en la que se novaba el anterior préstamo, por ser abusivas, al ser contrarias a la buena fe y causar en perjuicio de los consumidores un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato, y por falta de transparencia.

El contenido de la cláusula era el siguiente:

«Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3%».

En la escritura de 27 de octubre de 2006 ese límite era del 4%. Y en el préstamo al promotor, en el que se había subrogado el demandante mediante la escritura de 27 de octubre de 2006, había sido del 3,5%.

**2.-** Banco Popular se opuso a la demanda. Alegó que las cláusulas impugnadas no fueron predispuestas ni impuestas, y no eran oscuras. No

ocasionaban desequilibrio importante ni injustificado de las obligaciones contractuales en perjuicio de los demandantes, y eran transparentes.

En la audiencia previa, Banco Popular renunció a discutir el carácter de condición general de la contratación de las cláusulas suelo cuestionadas.

**3.-** El Juzgado Mercantil, tras negar que el control de abusividad pudiera referirse al equilibrio de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, consideró que la cláusula suelo no superaba el control de transparencia. No existía constancia de que el banco hubiera suministrado información precontractual al prestatario. La cláusula suelo se introducía dos páginas después, de modo separado a la cláusula que establece el interés variable y recibía un tratamiento impropiaamente secundario. Estaba enmarcada en una pluralidad de epígrafes de modo que prevalecía la apariencia de que el interés sería variable al alza o a la baja.

No constaba que se hubieran presentado al prestatario simulaciones de subidas y bajadas del índice de referencia ni advertencias del coste en comparación con otros productos del banco.

El banco, al firmarse la escritura por la que el comprador de la vivienda se subrogó en el préstamo hipotecario concertado con el promotor, incrementó el «suelo» estipulado con el promotor, para después volver a bajarlo en la escritura de novación, sin que constase que ello respondiera a una información suministrada al prestatario. No es hasta el año 2013 que, en las comunicaciones del demandante con el banco, consta que aquel fue consciente de la existencia de la cláusula suelo.

Por tal razón, consideró que la cláusula no superaba el control de transparencia, declaró su nulidad y condenó al banco a restituir las cantidades que el prestatario había pagado por la aplicación de esta cláusula.

**4.-** Banco Popular apeló la sentencia que le condenaba.

La Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que, puesto que el demandante no solicitó la concesión de un préstamo hipotecario sino que se subrogó en uno previamente concertado por la empresa que le vendió la vivienda, estaba en sus manos haber pedido al vendedor las condiciones de la hipoteca y haberlas examinado antes de optar por la subrogación del mismo. El comprador no se limitó a solicitar la subrogación sino que negoció con el banco una ampliación del préstamo y se fijaron unas nuevas condiciones.

En 2009 se novó el contrato y se fijaron nuevas condiciones (plazo, periodo de carencia, periodo de amortización, intereses y comisiones) y se rebajó el tipo mínimo en un punto.

La Audiencia Provincial considera que con relación a esta segunda escritura es difícil pensar que no tuviera conocimiento del límite a la variación del tipo de interés y de su importancia. Por tanto, las cláusulas suelo de las dos escrituras «superan el control de transparencia en cuanto que redactadas de forma clara y comprensible, fueron o pudieron ser conocidas por el actor de forma suficiente antes de adoptar la decisión de suscribir las escrituras».

**5.-** El demandante ha interpuesto recurso de casación basado en dos motivos, que han sido admitidos.

**6.-** Las causas de inadmisión alegadas por la recurrida en la primera parte de su escrito de oposición al recurso (falta manifiesta de fundamento y pretensión de revisar la valoración probatoria) serán tomadas en consideración al decidir sobre la prosperabilidad de los motivos del recurso.

## **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

**1.-** El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

«Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988, 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 la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013».

**2.-** En el desarrollo del motivo, el recurrente reprocha a la Audiencia Provincial no haber analizado ni desarrollado convenientemente el control de incorporación o inclusión.

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

**1.-** En la demanda se ha ejercitado una acción encaminada a que se declare la nulidad de la cláusula suelo de sendas escrituras públicas (la primera, de subrogación en el préstamo y la segunda, de novación del mismo) por ser abusivas, en concreto, por causar un desequilibrio contrario a la buena fe y por no superar el control de transparencia. El demandante no solicitó que no se tuvieran por incorporadas tales condiciones generales sino que se declararan nulas por abusivas.

El debate tanto en primera como en segunda instancia se ha centrado en el control de abusividad de dichas cláusulas, y más concretamente en si superan el control de transparencia.

**2.-** La infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC) podría constituir el objeto de un motivo del recurso de casación si en la demanda se hubiera ejercitado una acción encaminada a declarar que las cláusulas suelo no estaban incorporadas al contrato de préstamo hipotecario por no reunir los requisitos de incorporación exigidos en esos preceptos, la Audiencia Provincial se hubiera pronunciado sobre tal cuestión y hubiera aplicado incorrectamente tales preceptos legales o negado indebidamente su aplicación.

Pero al no haber sido formulada esa pretensión y no haber existido pronunciamiento sobre la aplicación o inaplicación de los arts. 5 y 7 LCGC, no es admisible un motivo de casación fundado en la infracción



de preceptos legales distintos de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada.

Por otra parte, las alegaciones que en él se hacen son relevantes principalmente a efectos del control de transparencia.

**3.-** El reproche que se hace a la Audiencia Provincial, consistente en no haber analizado ni desarrollado convenientemente el control de incorporación, no solo es infundado, por las razones que se han expuesto, sino que además tendría que haber sido planteado, tras pedir la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva, puesto que, de ser cierta la omisión, se habría omitido el pronunciamiento relativo a la no incorporación de las cláusulas.

#### **CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo*

**1.-** El segundo motivo se encabeza así:

«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 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 la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013».

**2.-** En el desarrollo del motivo se impugna la conclusión de que las cláusulas suelo superan el control de transparencia, puesto que no existió información precontractual ni las cláusulas cumplen los requisitos exigidos por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal. El control de transparencia de las cláusulas suelo*

1.- Como recordábamos en la sentencia 593/2017, de 7 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 LCGC.

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 un contrato a interés fijo (en el caso objeto del recurso, el 4%, en la primera escritura, y el 3%, 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 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 del 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 los arts. 60.1 y 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), 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 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 las cláusulas controvertidas «superan el control de transparencia en cuanto que redactadas de forma clara y comprensible, fueron o pudieron ser conocidas por el actor de forma suficiente antes de adoptar la decisión de suscribir las escrituras». Que, al haberse subrogado el consumidor en el préstamo al promotor, estaba en sus manos haber pedido al vendedor las condiciones de la hipoteca y haberlas examinado antes de optar por la subrogación del mismo, y que al novar el contrato, es difícil pensar que no tuviera conocimiento de la cláusula suelo.

**6.-** Respecto de la primera cuestión, tal como dijimos en nuestra anterior sentencia 593/2017, de 7 de noviembre, 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 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, 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 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.-** Ya 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 apartado referido a los intereses del préstamo, que se oferta 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.

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, uno de los argumentos por los que la sentencia recurrida revoca la sentencia del Juzgado Mercantil y desestima la demanda es que el prestatario pudo pedir al vendedor las condiciones del préstamo hipotecario a la construcción y haberlas examinado antes de optar por la subrogación del mismo.

En primer lugar, debe precisarse 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.

**9.-** 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.

La sentencia del Juzgado Mercantil declaró (y la Audiencia Provincial no ha modificado esa conclusión) que el banco 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, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés, hasta el punto de que en la primera de las escrituras, estando pactado que el tipo de interés durante el primer periodo sería del 4,015% anual, se establecía un suelo del 4%, por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar al alza.

**10.-** 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 *Matej*, 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 alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece. En el presente caso, la sentencia recurrida 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.

**11.-** 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.

La objeción no se admite. El demandante cuestiona las valoraciones jurídicas hechas por la Audiencia Provincial en su sentencia. Es cierto que en esta se afirma que hubo negociación, pero dada la generalidad de los términos con que se realiza tal mención, ha de considerarse que tal negociación se refirió a extremos tales como la ampliación del capital prestado y la duración del préstamo, y, en la escritura de novación, la nueva ampliación del plazo de devolución y el establecimiento de un plazo de carencia en la amortización de capital. No existe una afirmación precisa por parte de la Audiencia Provincial de que el demandante negociara las cláusulas suelo, y no podía haberla porque esto supondría excluir el carácter de condición general de tales

estipulaciones, lo que no era posible pues el Banco Popular, en la audiencia previa celebrada en el Juzgado Mercantil, aceptó no discutir el carácter de condiciones generales de estas cláusulas suelo.

**12.-** 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 ampliaran el capital prestado o el plazo de devolución, o que el prestatario pidiera una novación ante su dificultad para afrontar el préstamo y se ampliara el plazo de devolución (de treinta a cuarenta años) y se estableciera un periodo de cuatro años de carencia en la amortización de capital ante las dificultades económicas por las que pasaba el prestatario, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo 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.

**13.-** 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 plenamente conforme con la jurisprudencia de esta sala.

**SEXO.-** *Costas y depósito*

**1.-** La estimación del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las costas del recurso de casación y que se condene a Banco Popular al pago de las costas de primera instancia, 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.<sup>a</sup>, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**F A L L O**

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 \_\_\_\_\_, contra la sentencia de 17 de diciembre de 2014, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 3745/2014.

**2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos:

**2.1.-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla 34/2014, de 10 de febrero, que confirmamos en sus propios términos.

**2.2.-** Condenar a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

**3.º-** No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y acordar la devolución al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.

