



Roj: **STS 1896/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1896**

Id Cendoj: **28079110012018100295**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **1405/2015**

Nº de Resolución: **311/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 311/2018**

Fecha de sentencia: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1405/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1405/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 311/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 12 de marzo 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. 942/2013 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D. Eliseo, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Rodríguez Teijeiro y bajo la dirección letrada de D. Rafael Manuel Carrellán García.

Es parte recurrida CajaSur Banco S.A.U., representada por el procurador D. Gerardo Tejedor Vilar y bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Mendoza Álvarez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D. Eliseo, interpuso demanda de juicio ordinario contra BBK CajaSur S.A., Sociedad Unipersonal, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» 1. Declare la nulidad, por tener el carácter de abusiva y/o por falta de transparencia, de la siguiente condición general de la contratación:

» Cláusula Cuarta de la Escritura de 11 de octubre de 2006, ante el Notario de Sevilla D. Luis Marín Sicilia, con número de protocolo 2.576, cuyo tenor literal es el siguiente

» "Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 2,85 % nominal anual".

» 2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

» 3. Condene a BBK Bank Cajasur S.A., Sociedad Unipersonal a la devolución a D. Eliseo, de cuantas cantidades haya cobrado o cobre como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales.

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

2.- La demanda fue presentada el 4 de julio de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 2 de Sevilla, fue registrada con el núm. 942/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Jesús Delmás Lirola, en representación de CajaSur Banco S.A. (cambio de denominación de BBK Bank Cajasur), contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 2 de Sevilla, dictó sentencia 187/2014 de 16 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de Don Eliseo, frente a CajaSur Banco, S.A.

» 1.- Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del párrafo quinto de la Cláusula Cuarta de la Escritura otorgada con fecha de 11 de octubre de 2006 por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba a favor de Don Eliseo y de su esposa, doña Jacinta, autorizada por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla, don Luis Marín Sicilia, número de protocolo 2.576 y cuyo contenido literal es: "sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable (sic) cada periodo no podrá ser inferior al 2,85 % nominal anual ni superar el 12 % nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto a continuación resultaren unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos".

» 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.

» II.- Que la cantidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.



- » III. 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.
- » 2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.
- » 3.- Impongo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caja Sur Banco, S.A.U. La representación de D. Eliseo se opusieron 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 7167/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 12 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso interpuesto por el Procurador Don Jesús Desmán Girola en nombre y representación de CajaSur Banco S.A., contra la sentencia dictada el día 16 de abril de 2.014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de Don Eliseo, 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.

» Una vez firme, devuélvanse a su tiempo las actuaciones originales al Juzgado de donde proceden, con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su cumplimiento».

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

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

Los motivos del recurso de casación fueron:

«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 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec. 485/2012, y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, rec 1217/2013, en la Sentencia de 18 de junio de 2012, nº 406/2010, en la sentencia de (sic) y en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2015, nº 138/2015, rec. 1765/2013.

» Primero.- No se ha valorado el deber de información de la entidad financiera sobre el suelo para garantizar la transparencia de la cláusula.

» Segundo.- La claridad gramatical de la cláusula no implica necesariamente la superación del control de transparencia.

» Tercero.- No se han valorado ninguno de los supuestos de falta de transparencia que, de forma orientativa o indicativa, establece la Jurisprudencia.

» Cuarto.- El conocimiento de la cláusula por el prestatario tampoco implica necesariamente la superación del control de transparencia».

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

3.- CajaSur Banco S.A.U., 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 17 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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



1.- El hoy recurrente, D. Eliseo , interpuso una demanda contra BBK Bank Cajasur S.A.U. (actualmente, Cajasur Banco S.A. y en lo sucesivo, Cajasur) en la que solicitó la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo inserta en la escritura pública de ampliación y novación modificativa de préstamo hipotecario que suscribieron el 11 de octubre de 2006.

2.- La demanda fue estimada en primera instancia. El juzgado dictó una sentencia en la que declaró la nulidad de la cláusula suelo, por falta de transparencia, y condenó a Cajasur a devolver a los demandantes las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula.

3.- Cajasur apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, por lo que revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda.

4.- Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

**SEGUNDO.-** *Formulación del recurso de casación*

1.- En el recurso de casación se denuncia la infracción del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la jurisprudencia que lo desarrolla con relación al control de transparencia.

El motivo se desarrolla en varios apartados que hacen referencia, entre otros extremos y en lo que resulta relevante para resolver el recurso, a la ausencia de valoración del deber de información de la entidad financiera sobre el suelo para garantizar la transparencia de la cláusula; a que la claridad gramatical de la cláusula no implica necesariamente la superación del control de transparencia; o a que no se han valorado ninguno de los supuestos de falta de transparencia que, de forma orientativa o indicativa, establece la jurisprudencia.

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal. La entidad bancaria está obligada a informar al consumidor de la existencia de la cláusula suelo también en los casos de subrogación en el préstamo hipotecario*

1.- 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.

2.- En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre , afirmamos:

«[...] 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».

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 debe prestar su consentimiento, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados.

3.- 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.

Cajasur 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.

La simple mención consistente en "Mínimo: 2,85%", sin indicar siquiera que se trata del interés remuneratorio mínimo (la mención se sitúa junto a otras relativas a las comisiones de cancelación), en una página que contiene numerosos datos, sin especial resalte, no es suficiente para cumplir los deberes de información de la entidad bancaria sobre un elemento esencial del contrato como es el límite a la variabilidad a la baja de los intereses del préstamo.



4.- 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 satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

5.- No son correctas consideraciones como las que se contienen en la sentencia recurrida para justificar que se supera el control de transparencia en el sentido de que «no puede decirse... que el actor no estuviera en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa». Tampoco es correcta la identificación que hace la sentencia entre la posibilidad abstracta e hipotética de que el consumidor tome conocimiento de los elementos esenciales del contrato y el suministro por el predisponente al consumidor de una información adecuada sobre tales elementos esenciales para que tal conocimiento sea efectivo, que es lo realmente relevante para el control de transparencia y que en este caso no ha tenido lugar.

La obligación que legalmente se impone a los predisponentes de este tipo de contratos de informar de un modo comprensible sobre los elementos esenciales del contrato deriva de que la regla general es justamente la falta de conocimiento y de comprensión del consumidor sobre aquellas condiciones generales sobre las que no ha recibido una información adecuada con anterioridad a la firma del contrato. Es el predisponente quien tiene la obligación de informar adecuadamente al consumidor sobre los elementos esenciales del contrato, y especialmente sobre aquellos extremos que pueden empeorar, de modo sorpresivo, la posición jurídica y económica del consumidor en el contrato.

Al ser inadecuada, por insuficiente, la información que sobre estos extremos se facilitó al consumidor, no puede considerarse superado el control de transparencia respecto de la cláusula suelo.

6.- Estimado el recurso de casación, que denunciaba la infracción legal observada en los principales argumentos en los que la Audiencia Provincial basó su revocación de la sentencia del Juzgado Mercantil, y dado que los argumentos utilizados en esta sentencia de primera instancia para estimar plenamente la demanda son acordes con la jurisprudencia de esta sala sobre las cláusulas suelo, incluso con las modificaciones introducidas tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, jurisprudencia que por su extensión, reiteración y notoriedad es ocioso reproducir, procede la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la confirmación en sus propios términos de la sentencia del Juzgado Mercantil que estimó plenamente la demanda, sin necesidad de abordar el resto de los motivos de casación.

#### **SEXTO.- Costas y depósito**

1.- La estimación del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las causadas en este recurso de casación y que se condene a Cajasur al pago de las costas del recurso de apelación que se desestima, 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 .

## **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. Eliseo , contra la sentencia de 12 de marzo de 2015, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 7167/2014 .

**2.º**- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por BBK Bank Cajasur S.A. contra la sentencia 187/2014, de 16 de abril, del Juzgado Mercantil núm. 2 de Sevilla , que confirmamos en sus propios términos.

**3.º**- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y condenar a BBK Bank Cajasur S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

**4.º**- Acordar la devolución al recurrente del 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ