



Roj: **STS 1461/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1461**

Id Cendoj: **28079110012022100302**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2022**

Nº de Recurso: **4551/2018**

Nº de Resolución: **299/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 299/2022

Fecha de sentencia: 07/04/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4551/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/03/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. SECCIÓN 5.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 4551/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 299/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 7 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Hortensia , representada por la procuradora D.^a Lourdes Asencio Martín y bajo la dirección letrada de D. Francisco José Cejas Tarapiella, contra la sentencia de fecha 25 de julio de 2018, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso



de apelación n.º 5766/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 554/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Sevilla, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo, E.F.C. S.A.U. (Caixabank en la actualidad), representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de Javier Domínguez Rodríguez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.ª Hortensia interpuso demanda de juicio ordinario contra la Entidad Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo, EFC, S.A.U., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

" 1.- Se declaren abusivas y por tanto nulas las estipulaciones recogidas en las dos escrituras del 24/02/2006 con números de protocolo 711 y 712, ante el notario D. Ildelfonso Palacios Rafoso relativas al límite a la variación del tipo de interés aplicable, manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato.

" 2.- Condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación de la Escritura de Préstamo a que se refiere el presente pleito.

" 3.- Condene a la entidad demandada a recalcular las cuotas satisfechas del préstamo desde la fecha de la primera hasta la última cuota abonada, aplicando el interés pactado en cada momento sin la limitación de la cláusula.

" 4.- Condene a la entidad demandada, como consecuencia de dicha nulidad y en virtud del artículo 1.303 del Código Civil, a restituir al demandante en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la referida cláusula nula, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia que se calculará con arreglo a las siguientes bases:

"a).- La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por los prestatarios en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que éstos deberían haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización sin tener en cuenta la cláusula suelo declarada nula y de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato, para el caso de que cualquier de las cuestiones prejudiciales planteadas por los distintos órganos judiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-154/15, C-307/15, C-308/15, C-349/15, C-349/15, C-431/15 y C-525/15) se resuelva a favor de la procedencia al abono de las diferencias desde su vigencia o inicio y no desde el 9 de mayo de 2013, fecha en la que el Tribunal Supremo anuló por primera vez una de estas disposiciones contractuales; solicitando en caso contrario, las cantidades devengadas desde la fecha de la publicación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, al estar pendiente a la fecha de esta demanda la decisión que finalmente adopte al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

"b).- El exceso resultante de cada período de amortización debe ser incrementado con el interés legal del dinero que se devengará desde el momento mismo en que se realizará el pago de cada cuota mensual hasta la efectiva restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

" 5.- Se condene a la entidad demandada a las costas del proceso".

2. La demanda fue registrada el 6 de abril de 2016 con el n.º 554/2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Sevilla. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. La entidad Credifimo, EFC, S.A.U., ahora Caixabank S.A., fue declarada en situación de rebeldía procesal, aunque con posterioridad se personó en el procedimiento.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Sevilla dictó sentencia de fecha 28 de marzo de 2017, con el siguiente fallo:

"Que desestimando íntegramente la demanda formulada por Doña Hortensia contra la Entidad Caixabank, S.A., debo absolver y absuelvo a ésta de las pretensiones exigidas por aquélla, y todo ello sin hacer mención expresa sobre las costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Hortensia .



2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 5766/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 25 de julio de 2018, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Lourdes Asencio Martín, en nombre y representación de Doña Hortensia, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Sevilla, con fecha 28 de marzo de 2017, en los autos de juicio ordinario núm. 554/16, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, sin declaración sobre las costas de esta alzada".

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

1. D.ª Hortensia interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC).

"Segundo.- Infracción del art. 80 del RDLeg. 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 (TRLGDCU)".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Hortensia contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 5766/2017 dimanante del juicio ordinario n.º 554/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Sevilla".

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

4. Por providencia de 4 de febrero de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de marzo de 2022, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante recurre en casación la sentencia que desestimó su recurso de apelación y confirmó la desestimación de su demanda por la que solicitaba la declaración de nulidad de las cláusulas que establecían un límite a la variación del tipo de interés aplicable en dos escrituras de préstamo hipotecario que concertó el mismo día con la misma entidad para financiar la adquisición de su vivienda habitual.

El recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que los interpreta. Desarrolla de manera conjunta los dos motivos para impugnar el control de transparencia efectuado por la sentencia recurrida. La recurrente considera que el criterio de la Audiencia es contrario al reiterado por esta sala dado que, según explica, la Audiencia entiende superado el control de transparencia por el hecho de que el notario consignara en las escrituras que había advertido a la prestataria de la existencia de un límite mínimo al interés variable y que había comprobado la existencia de oferta vinculante y la falta de discrepancia de esta con la escritura. Alega que no consta que la entidad proporcionara información previa a la firma del contrato que permitiera comprender la carga real y la trascendencia económica de la cláusula impugnada.

No se aprecian los óbices de inadmisibilidad planteados por la demandada recurrida por cuanto, contra lo que afirma en su escrito de oposición, en el recurso no se invocan preceptos genéricos que susciten ambigüedad sobre la infracción alegada (aparte de que no solo se citan como vulnerados los preceptos citados de la LCGC), no se altera la base fáctica ni se prescinde del interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la sala. En efecto, en el recurso se identifican con claridad las normas jurídicas aplicables de manera directa y lo que se impugna es la cuestión jurídica referida a los criterios que tuvo en cuenta la sentencia recurrida para apreciar la transparencia y, en consecuencia, la validez de la cláusula suelo.



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

En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb* ; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler y Káslerne Rábai* ; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Matei*; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso *Van Hove*. A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

A su vez, la jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia.

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 aplicárseles 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.

Se trata de impedir 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 no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

TERCERO.- En el presente caso, el juzgado desestimó la demanda porque consideró que la cláusula suelo no estaba enmascarada en la escritura, sino que se detectaba en una simple lectura; era clara y comprensible; resulta fácil hacerse cargo de las consecuencias económica que podía deparar su aplicación; no se había acreditado vicio del consumimiento; dada la duración del contrato, y que se establecía también una cláusula techo, la evolución de los tipos de interés podían llegar a sobrepasar el límite al alza, por lo que era lícito que la entidad quisiera también fijar un mínimo. Citó una sentencia de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla que tuvo en cuenta para ello la lectura por el notario de la escritura y concluyó que, por todo ello, el consumidor, con la información proporcionada, podía percibir que la cláusula podía incidir en la economía y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato.

La Audiencia desestimó el recurso de apelación de la actora y señaló su conformidad con las razones del juzgado. Tras mencionar los deberes que la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se firmaron los contratos) imponía a las entidades, y consistentes en la entrega de un folleto y de una oferta vinculante, así como las exigencias que la misma Orden imponía al notario otorgante de la escritura, la Audiencia Provincial consideró que en el caso se había superado el control de transparencia porque el notario otorgante de la escritura hizo constar que no existían discrepancias entre la misma y la oferta y que había advertido sobre la existencia de límites a la variabilidad de los tipos de interés. Añadió que por ello se habían cumplido los requisitos esenciales y determinantes para la comprensión por el prestatario, que es la finalidad del doble control de transparencia a que se refería la sentencia de 9 de mayo de 2013. También tuvo en cuenta que se trataba de cláusulas claras, terminantes y categóricas sobre el contenido que expresan.

Estos razonamientos no pueden ser compartidos, por las razones que se expondrán a continuación.

En cuanto a la suficiencia de la escritura pública, como declaramos en la sentencia 483/2018, de 11 de septiembre, seguida después de otras muchas, no basta con la simple claridad gramatical.

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



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

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

Como hemos declarado en la sentencia 170/2018, de 23 de marzo, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar (con posterioridad, también en las sentencias 346/2020, de 23 de junio, y 22/2021, de 22 de enero y otras muchas).

La intervención notarial, a la que tanta importancia se le da en la sentencia de la Audiencia, no dispensa del deber precontractual de información. En tal sentido, se ha pronunciado, entre otras, la sentencia 433/2019, de 17 de julio, reproducida en las sentencias 22/2021, de 21 de enero; 125/2021, de 8 de marzo, 195/2021, de 12 de abril; 327/2021, de 17 de mayo o 399/2021, de 14 de junio, en la que indicábamos:

"Se argumenta que el Notario efectuó una lectura extensiva de la escritura pública, pero también hemos advertido en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 367/2017, de 8 de junio; 36/2018, de 24 de enero y 357/2018, de 13 de junio, entre otras, que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por sí, la finalidad o razón de ser de ser la exigencia de transparencia. Del mismo modo que la intervención del notario no es suficiente para superar dicho control ante la ausencia de una información precontractual (SSTS 36/2018, de 24 de enero, 9/2019, de 11 de enero, 188/2019, de 27 de marzo entre otras).

"El fedatario público interviene en el momento final del iter contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional. Así lo explica la STS 483/2018, al indicar: "De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día".

En el presente caso, frente a las alegaciones de la demandante ahora recurrente en casación en el sentido de que no se le informó con antelación suficiente como exige la doctrina de la sala, que no le entregaron la preceptiva oferta vinculante ni folleto informativo alguno, la demandada se ha limitado a afirmar que las cláusulas superan el control de incorporación (lo que no se discute) y que facilitó las ofertas vinculantes, para cuya acreditación se basa exclusivamente en que el notario realizó las advertencias que le imponía la Orden de 5 de mayo de 1994, así como que las cláusulas son claras y no están enmascaradas en la escritura.

Puesto que corresponde a la demandada la carga de la prueba sobre la existencia de la información precontractual requerida, lo que en el caso no ha acreditado, pues la intervención del notario no es suficiente para superar dicho control ante la ausencia de una información precontractual, el recurso de casación debe ser estimado y, por las mismas razones, debe estimarse el recurso de apelación de la demandante y con ello su demanda.

En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan, doctrina seguida después en múltiples sentencias).

Como resultado de todo lo expuesto, los mismos argumentos utilizados para estimar el recurso de casación deben servir, al asumir la instancia, para estimar el recurso de apelación de la actora contra la sentencia del juzgado y estimar la demanda. En consecuencia, se declara la nulidad de las cláusulas litigiosas y se condena a la demandada a la restitución de las cantidades abonadas de más por aplicación de las cláusulas desde la constitución de los préstamos hipotecarios.

CUARTO.- Conforme a los arts. 398.2 y 394 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.



No procede imponer las costas de la apelación, ya que el recurso de apelación de la actora debió ser estimado. Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, dada la estimación de la demanda.

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 Hortensia contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 5766/2017 dimanante del juicio ordinario n.º 554/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Sevilla.

2.º- Casar y anular dicha sentencia, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Hortensia contra la sentencia dictada por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Sevilla el 28 de marzo de 2017.

En su lugar, se estima la demanda y se declara la nulidad de las cláusulas recogidas en las dos escrituras del 24 de febrero de 2006 con números de protocolo 711 y 712, otorgadas por el notario D. Ildefonso Palacios Rafoso, relativas al límite a la variación del tipo de interés aplicable, manteniéndose en lo demás la vigencia de los contratos. Se condena a la entidad Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo, E.F.C. S.A.U. a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas cláusulas desde la celebración de los contratos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición.

4.º- No imponer las costas de la apelación e imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

El Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez votó en sala pero no pudo firmar por tener concedida licencia, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. presidente de la sección D. Francisco Marín Castán (art. 204.2 LEC).

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.