



Roj: **STS 3919/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3919**

Id Cendoj: **28079110012017100562**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2017**

Nº de Recurso: **405/2015**

Nº de Resolución: **593/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Leopoldo , representado por la procuradora D.ª María José Rodríguez Teijeiro y bajo la dirección letrada de D. Fernando Zorita Arenas, contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2014, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 3743/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 759/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla. Sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jesús Pérez de la Cruz Oña y D. Daniel Machado Rubiño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela Torres**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D. Leopoldo , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular 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 por falta de transparencia, de la condición general de la contratación descrita y plasmada en el hecho segundo de la presente demanda, contenida en la hipoteca de fecha 11/04/2007 suscrita entre las partes litigantes, que establece un tipo mínimo de interés del 4,500% por ciento.

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

»3. Condene a la demandada a la devolución al actor de cuantas cantidades haya cobrada hasta la fecha en base a la referida condición general, 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 la referida cláusula, más sus intereses legales.

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

2.- La demanda fue presentada el 2 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla y fue registrada con el núm. 759/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, en representación de Banco Popular Español, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] la íntegra desestimación de la misma , con condena en costas a la actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla dictó sentencia núm. 38/2014, de 12 de febrero , con la siguiente parte dispositiva:



«Estimo íntegramente la demanda interpuesto por Leopoldo , con los siguientes pronunciamientos:

»1º) Declaro la nulidad de la cláusula suelo del contrato 11/4/07 que es del siguiente tenor:

»3.3 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 4.5%".

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 SA 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.

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 759/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«Que, estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 12 de febrero 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 Español, S.A., de los pedimentos de la demanda formulada en su contra por Don Leopoldo , imponiendo a éste el pago de las costas causadas en la primera instancia y sin que se haga imposición, en cambio, de las de esta alzada».

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

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

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción del artículo 5 de la Directiva 93/13 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, artículos 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y art. 10 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , con oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios [...]».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 28 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Leopoldo contra la sentencia dictada, el día 28 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 3743/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 759/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla».

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

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 11 de abril de 2007, D. Leopoldo suscribió una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, para la adquisición de vivienda, con el Banco de Andalucía S.A. (actualmente, Banco Popular S.A.), en la que se incluyó una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado, con el siguiente tenor literal:



«3.3. 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 4,5%».

En la escritura pública existía una cláusula previa, en la que se estipulaba que el interés sería fijo el primer año y variable el resto de la vida del préstamo. A continuación, en dos folios y medio, se regulaba la variación del tipo de interés. Y tras insertar la antes transcrita «cláusula suelo», se incluían otros dos folios sobre la revisión del interés variable, la fecha de inicio del devengo de los intereses y su periodicidad, así como el número de días del año a tener en cuenta para períodos inferiores a la anualidad.

2.- D. Leopoldo formuló una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado y la restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de su aplicación.

3.- El juzgado dictó sentencia estimatoria de dicha pretensión, declaró la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y condenó a la entidad prestamista a devolver las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación, con sus intereses desde la fecha de cobro.

4.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad demandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación por los siguientes y abreviados razonamientos: (i) La cláusula controvertida está redactada de manera clara y sencilla y está individualizada respecto del resto del clausulado. (ii) La escritura pública fue leída por el notario autorizante. (iii) No hubo contradicción entre lo contenido en la escritura pública y la oferta vinculante. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Admisibilidad. Inexistencia de cosa juzgada*

1.- El Sr. Leopoldo interpuso recurso de casación por interés casacional, basado en un único motivo, en el que denunció la infracción de los arts.5 de la Directiva 93/13/CEE , 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y 10 de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aplicable por la fecha en que se celebró el contrato).

En el desarrollo del motivo argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial no ha realizado correctamente el control de transparencia cualificado y que, con ello, ha vulnerado la jurisprudencia de esta sala.

2.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, porque no respetaba los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial y por no justificarse el interés casacional.

Respecto de la primera cuestión, las afirmaciones de la sentencia recurrida sobre la claridad de la cláusula litigiosa y su entendimiento por el prestatario son valoraciones de carácter jurídico y no fáctico, por lo que pueden ser cuestionadas en casación sin alterar los hechos probados.

En cuanto al interés casacional, el mismo resulta evidente a la vista de las propias resoluciones de esta sala sobre el control de transparencia en contratos celebrados con consumidores, a las que haremos referencia más adelante.

TERCERO.- *Tratamiento jurisprudencial previo de cláusulas idénticas a la litigiosa*

1.- 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 el 4,50%, sino que tal corolario 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 (el 4,50%) 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.- No obstante lo anterior, no queremos decir que lo ya resuelto en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, tenga efecto de cosa juzgada en este procedimiento, porque en aquella ocasión se enjuició una acción colectiva y en ésta una acción individual (para evitar inútiles reiteraciones, nos remitimos a lo dicho en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, que se pronunció sobre la interrelación entre las acciones colectivas e individuales y la jurisprudencia constitucional y comunitaria al respecto -STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14; y SSTC 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 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.

CUARTO.- *El control de transparencia en las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés. Importancia de la información precontractual*

1.- Como quiera que hemos adelantado que un supuesto muy similar al presente ha sido tratado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, nos remitiremos en buena medida a la allí resuelto. Además, hemos de tener en cuenta que el control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores ha sido ya analizado en varias sentencias tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo.

2.- 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.

3.- A su vez, la jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia. Esta línea jurisprudencial se inicia en las sentencias 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre. Y se perfila con mayor claridad en las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio. Más específicamente, en relación con las denominadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; 705/2015, de 23 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 171/2017, de 9 de marzo; y 367/2017, de 8 de junio.

En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

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 se había superado el control de transparencia, porque la cláusula controvertida estaba redactada de manera clara y sencilla y quedaba individualizada respecto del resto del clausulado; porque la escritura pública fue leída por el notario autorizante; y porque no hubo contradicción entre lo contenido en dicha escritura pública y la oferta vinculante que se había entregado previamente al consumidor.

6.- Respecto de la primera cuestión (claridad gramatical), 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 y 60.1 y 80.1 TRLCU. Sin tener 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 doctrina jurisprudencial de esta sala, 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 los consumidores.

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 euríbor 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 euríbor bajara significativamente, el prestatario apenas podría beneficiarse de tal bajada, mientras que si el euríbor 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 y farragoso apartado referido a los intereses del préstamo, que ocupa más de diez páginas, en un préstamo que se oferta, *prima facie*, 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 el préstamo, dado que, pese a que la Audiencia afirma que se entregó al prestatario la oferta vinculante, dicho documento no figura en las actuaciones, ni consta aportado, como ningún otro folleto o documento que contuviera información precontractual adecuada sobre la existencia, importancia y trascendencia de la cláusula suelo. Tampoco es suficiente a estos efectos la utilización de letra negrilla en algunos pasajes de la cláusula documentada en la escritura pública.

7.- También considera la Audiencia Provincial que la cláusula suelo era transparente porque la escritura fue leída por el notario. Como hemos dicho en las sentencias 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de



junio , 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 solos el cumplimiento del deber de transparencia. En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo , llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda (lo habitual en el caso de consumidores es que el préstamo hipotecario sirva para pagar el precio de la vivienda que acaba de comprarse en la escritura otorgada justo antes y ante el mismo notario), por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con fundamento en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar.

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.

8.- 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 supone 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.

En la escritura pública solo consta que las cláusulas financieras de la oferta vinculante coincidían con las del préstamo. Pero dicha oferta vinculante (que se afirma que se había entregado previamente al prestatario) no figura incorporada a la escritura ni ha sido aportada al proceso por el banco demandado, por lo que no consta que se diera un tratamiento informativo adecuado a la cláusula suelo.

9.- Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo , dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]». Pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. En el supuesto objeto de ese recurso, el consumidor había sido informado previamente de la existencia de tal cláusula suelo, hasta el punto de que este la había comparado con la ofertada por otras entidades bancarias y consiguió una rebaja en el suelo propuesto. Sin entrar en hasta qué punto tal circunstancia excluía el carácter no negociado de la cláusula, extremo este que en dicho recurso no era cuestionado por los litigantes ni por las sentencias de instancia, sí que servía para acreditar que en la fase precontractual el consumidor tuvo cumplida información de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

10.- En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que 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).

11.- 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.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso de casación supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- Dicha estimación implica la desestimación íntegra del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Banco Popular las costas causadas por el mismo, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC (sentencia del Pleno de la Sala 419/2017, de 4 de julio).

3.- Igualmente, conlleva la devolución del depósito constituido para la formulación del recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Leopoldo contra la sentencia de 28 de noviembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el recurso de apelación núm. 3743/2014 .

2.º- Casar y anular dicha sentencia, y desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Popular S.A. contra la sentencia núm. 38/2014, de 12 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla , en el juicio ordinario n.º 759/2013, que confirmamos. **3.º-** Imponer a Banco Popular S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.