



Roj: **STS 2503/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2503**

Id Cendoj: **28079110012019100413**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2019**

Nº de Recurso: **930/2017**

Nº de Resolución: **433/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 433/2019

Fecha de sentencia: 17/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 930/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 930/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 433/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de julio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Edemiro y D.^a Bárbara, representados por la procuradora D.^a Elena Maturen Miguel, bajo la dirección letrada de D.^a Raquel Saralegui Iglesias, contra la sentencia núm. 503/2016 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en el recurso de apelación núm. 368/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1236/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona, sobre declaración de nulidad de cláusula suelo en préstamo hipotecario. Ha sido parte recurrida Caja Rural de Navarra, S.C.C., representada por la procuradora D.^a Andrea de Dorremochea Guiot y bajo la dirección letrada de D. Asier Eneriz Arraiza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.^a Elena Maturen Miguel, en nombre y representación de D. Edemiro y D.^a Bárbara, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Navarra, Cooperativa de Crédito, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.-Proceda a declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula Suelo incluida en la Escritura de **Hipoteca** suscrita por mis representados 30 de junio de 2010 (documento nº 1 de la demanda) y condene a la entidad a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente demanda.

2.-Reconozca el carácter retroactivo de esta nulidad de pleno derecho y, en consecuencia condene a la entidad CAJA RURAL DE NAVARRA.

A) A la devolución a quien demanda de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula "suelo", desde el 9 de mayo de 2013 (fecha de la sentencia del Tribunal Supremo), con los intereses legales desde la fecha de cada cobro o pago de cuota, sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar en el caso de que la cláusula cuya nulidad se solicita nunca hubiese existido.

B) A recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución a interés variable concertado con mi representado, y que habrá de regir hasta el fin del préstamo, sobre el cual se calculará la cantidad debida a devolver al demandante adicionándole el interés de demora y que le será reintegrado a éste.

3.-Condene a CAJA RURAL DE NAVARRA a abonar el interés recogido en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la Sentencia".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona y se registró con el núm. 1236/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Miguel Leache Resano, en representación de Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al Juzgado:

"[...] dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda de adverso, con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona dictó sentencia de fecha 21 de enero de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Doña. Elena Maturen Miguel en nombre y representación de D. Edemiro y Dña. Bárbara, y debo absolver y absuelvo a Caja Rural de Navarra SC Limitada de Crédito representada por el Procurador D. Miguel Leache Resano, con condena en costas de los demandantes".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Edemiro y Dña. Bárbara.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, que lo tramitó con el número de rollo núm. 368/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 3 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLO: Esta Sala acuerda la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Edemiro y Dña. Bárbara contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pamplona en fecha

21 de enero de 2016 cuyo contenido ratificamos íntegramente. Las costas causadas serán impuestas a la recurrente".

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- La procuradora doña Elena Maturen Miguel, en representación de D. Edemiro y Dña. Bárbara , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de la prueba contenidas en el artículo 216 y 217 LEC y 82.2 TRLGCU por el cual se establece que en el caso de que el empresario, en nuestro caso la entidad bancaria, afirme que la cláusula suelo ha sido negociada de manera individual, "asumirá plenamente la carga de la prueba".

2.- Infracción de los artículos 218 , 319 y 348 LEC . La sentencia no resuelve sobre todos los elementos del litigio, ni se ajusta a las reglas de la lógica en la valoración de la prueba practicada.

3.- Infracción de los artículos 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril SIC (RCL 1998, 960), sobre Condiciones Generales de Contratación: la cláusula suelo es una condición general de la contratación en orden a que está predispuesta por una de las partes, es un hecho notorio y confirmado por la reciente jurisprudencia, tomando como ejemplo la Sentencia 241/2013 se definen los requisitos que ha de cumplir una cláusula para que sea considerada condición general de la contratación en su apartado 137 y conforme por tanto su cumplimiento de la cláusula suelo.

4.- Infracción de las normas contenidas en los artículos 80 y 82 TRLGDCU, en base a la falta de reciprocidad y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes e igualmente, la ausencia de buena fe en la actuación de Caja Rural de Navarra motivada por la ocultación de dicha cláusula en los momentos previos al contrato de préstamo".

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, D. Edemiro y Dña. Bárbara por medio del procurador D. Jacobo García García, y Caja Rural de Navarra, S.C.C., mediante la representación mencionada en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de marzo del presente, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Bárbara y D. Edemiro contra la sentencia dictada el día 3 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 368/2016 , dimanante del juicio ordinario n.º 1236/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pamplona.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

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 14 de junio del presente se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de julio del presente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos.

1. - Con fecha 17 de mayo de 2006, CAJA POPULAR COOP. DE CRÉDITO concedió un préstamo con garantía hipotecaria a los demandantes D. Edemiro y Dª Bárbara , en la cantidad de 85.000 €, con amortización en 420 meses, en cuotas mensuales, la primera de las cuales se devengaría a partir del 17 de junio de 2006. El interés retributivo pactado era el 2,50% anual, durante los primeros doce meses, transcurridos los cuales sería revisado anualmente mediante la adición al euríbor de un diferencial de 0,50 puntos porcentuales. No se estableció cláusula suelo.

2. - Por medio de escritura pública de 30 de junio de 2010, en virtud del pago realizado por CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO a la anterior acreedora CAJA LABORAL POPULAR, SOCIEDAD COOPERATIVA, en concepto de reembolso o abono del préstamo hipotecario concedido por ésta última a los actores, éstos subrogaron a la entidad demandada CAJA RURAL DE NAVARRA en la condición

de acreedora del préstamo, por un capital de 79.559,67 euros, para financiar la adquisición de una vivienda unifamiliar, a devolver en el plazo de 234 meses, de los cuales los primeros 24 meses como máximo serían de carencia, que finalizaría al rematarse la obra nueva, que se estaba ejecutando por los demandantes.

En la condición general tercera se estableció un interés anual del 1,75%, que sería satisfecho mensualmente, realizándose la primera liquidación al mes de la firma de la precitada escritura. Dicho interés sería variable y su revisión se efectuaría, semestralmente. El tipo se fijó en el Euribor, con la adición de un diferencial de 0.90 puntos. Se estableció que, en ningún caso, el interés del préstamo podrá rebasar el 18% anual, se determinó el interés sustitutivo y las bonificaciones correspondientes al margen o diferencial aplicable a cada periodo. Al final de la extensa condición general tercera, bajo el epígrafe TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MINIMO consta que: "Pactan las partes que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 1,75 por ciento anual".

3. - El mismo día, entre las partes contratantes, ante el mismo fedatario público, suscribieron una escritura de ampliación de préstamo hipotecario, número siguiente del protocolo del notario autorizante, por importe de 150.000 euros, quedando el saldo deudor del préstamo fijado en 229.559,67 €, bajo las mismas condiciones.

4. - En la demanda se postuló la nulidad de la precitada cláusula suelo, y la devolución de las cantidades percibidas de más, desde el 9 de mayo de 2013, así como la declaración de la nulidad de pleno derecho de la cláusula relativa a los intereses moratorios. Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia número dos de Pamplona desestimatoria de la demanda.

5. - Interpuesto recurso de apelación fue desestimado por sentencia dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra. En la fundamentación jurídica de la sentencia se hace referencia al posicionamiento de las partes. Se indica que el recurrente considera que la cláusula litigiosa difícilmente pasa el control de inclusión, pero en ningún caso el de transparencia, ya que no fue en ningún momento negociada, ni se efectuaron simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsto del tipo de interés en el momento de contratar, que además se crea un evidente desequilibrio al fijar el suelo en el 1,75% y el techo en 18%. Se señaló igualmente que no era objeto de controversia el carácter de consumidores de los actores, así como la condición de general de la contratación de la cláusula litigiosa.

6. - En sus razonamientos la Audiencia estima que la cláusula impugnada supera el control de inclusión, y, tras citar la jurisprudencia relativa al control reforzado de transparencia, con especial referencia a la sentencia del Pleno de esta Sala de 9 de mayo de 2013 y la doctrina de la STS de 8 de septiembre de 2014, concluye que la cláusula suelo está ubicada dentro de la condición general tercera denominada INTERÉS ORDINARIO Y REVISIONES DEL TIPO DE INTERÉS, más concretamente tras establecer un tipo fijo inicial, el tipo variable, y reflejar que en ningún caso el interés del préstamo podrá superar el 18% anual, en el último sub-apartado de dicha cláusula y bajo el epígrafe TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MÍNIMO, se establece que las partes pactan expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 1,75% anual.

Se hace referencia también a que los actores eran titulares de otro préstamo con Caja Laboral en el que se subrogó la demandada. El actor reconoció que, al menos, celebraron tres reuniones con los empleados del Banco. Consta aportada la oferta vinculante firmada por los actores en la que se recogen las condiciones del préstamo. Y, por último, las partes reconocieron que el Notario hizo una extensiva lectura de la escritura pública, llegándose incluso a modificar, a instancia del Sr. Edemiro, el precio de tasación erróneamente reflejado.

A continuación se recoge la valoración de la prueba practicada en los términos siguientes: "A la vista de todo ello concluimos que el Sr. Edemiro recibió una información precontractual lo suficientemente amplia y detallada como para aceptar la subrogación del préstamo lo que supone que tras la celebración de las tres reuniones con los empleados de la demandada llegó a conocer todas las condiciones del préstamo incluida la cláusula suelo y el efecto que la misma iba a tener en el futuro".

Por último, se razona, en la fundamentación de la sentencia apelada, que es cierto que el actor negó haber recibido información sobre la existencia de la cláusula suelo, aunque admitió que anotaba por escrito las condiciones económicas e incluso que se hicieron simulaciones que hacían referencia al interés variable.

7. - La parte demandante solicitó aclaración de la sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial, al considerar que había dejado imprejuizado el pronunciamiento postulado concerniente a la abusividad de los intereses moratorios, a lo que se opuso la contraparte.

Mediante auto de 11 de enero de 2017, se denegó tal petición, al considerar que la misma no había sido objeto de recurso, "[...]no bastando con la remisión genérica al contenido en la demanda, ya que en ningún caso se razona o fundamenta otra cuestión como objeto del mismo".

8. - Contra la precitada resolución judicial se interpuso por la parte demandante el presente recurso casación.

SEGUNDO.- Recurso de casación.

El recurso por interés casacional interpuesto se fundamenta de la forma siguiente:

1. Al amparo del artículo 469.1 , 2 y 4, por infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de la prueba contenidas en los arts. 216 y 217 LEC y 82.2 del TRLGCU.
2. Al amparo del art. 469.1 LEC en sus apartados 2 y 4, por error en la valoración de la prueba: infracción de los artículos 218 , 319 y 348 LEC .
3. Al amparo del art. 477.1 LEC , infracción del art. 1 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación .
4. Al amparo del art. 477.1 LEC infracción de las normas contenidas en los arts. 80 y 82 TRLGDCU, citando en el desarrollo de tal motivo la doctrina de las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 , sobre el control de transparencia reforzado en la contratación con consumidores.

El Banco se opone a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto.

TERCERO.- Análisis de los tres primeros motivos de casación .

En los dos primeros motivos se alega indebidamente infracción de normas procesales, nunca fiscalizables a través de un recurso de casación, sino, en su caso, a través del extraordinario por infracción procesal. Es más, en su atípica formulación, se hace referencia al art. 469 de la LEC , en el que precisamente se recogen los motivos habilitantes de la formulación de este último recurso extraordinario. El recurso de casación, por el contrario, ha de fundamentarse en la vulneración de una determinada norma jurídica de derecho material o sustantivo aplicable en la resolución de las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC).

Según hemos declarado, por ejemplo, en sentencias 108/2017, de 17 de febrero , 399/2017, de 27 de junio o 91/2018, de 19 de febrero , el recurso de casación, conforme al art 477 LEC , ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción; pero esta norma no ha de ser naturaleza adjetiva o procesal, pues para ello el cauce adecuado sería, en su caso, la formulación del recurso extraordinario por infracción procesal de los arts. 468 y siguientes de la LEC .

En el tercero de los motivos de casación se alega la infracción del art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , que determina qué cláusulas ostentan los requisitos necesarios para ser reputadas como condiciones generales de contratación, por reunir los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. No podemos reputar vulnerado tal precepto, cuando la propia Audiencia destaca, en su fundamentación jurídica, que no es hecho discutible la consideración de que la condición impugnada -cláusula suelo- es general de contratación.

CUARTO.- Motivo de casación por infracción de los arts. 80 y 82 del TRLGDCU y jurisprudencia del Tribunal Supremo .

1. - Análisis de admisibilidad.

Es cierto que la formulación del presente motivo no es especialmente cuidadosa, no obstante lo cual es doctrina de esta sala la que distingue entre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, que fue fijada en auto de pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012) y ha sido refrendada en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio ; 550/2015, de 13 de octubre ; 577/2015, de 5 de noviembre ; 188/2016, de 18 de marzo ; 331/2016, de 19 de mayo ; 667/2016, de 14 de noviembre ; 579/2016, de 30 de septiembre ; 727/2016, de 19 de diciembre ; 2/2017, de 10 de enero o más recientemente 243/2019, de 24 de abril , entre otras. Según esta doctrina, puede ser suficiente, para superar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión suscitada, la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso, que en este caso se centran, sustancialmente, en la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia reforzada en los contratos celebrados con consumidores, que fue la cuestión controvertida discutida en ambas instancias.

En suma, independientemente de la decisión a adoptar, la cuestión jurídica sometida a nuestra consideración resulta identificada, así como el interés casacional subyacente, lo que, por otra parte, ha permitido que la parte recurrida se haya podido oponer al recurso, conociendo cuál era la cuestión relevante suscitada (SSTs 222/2018, de 17 de abril , de pleno, 333/2018, de 1 de junio y 243/2019, de 24 de abril entre otras).

Por todo ello, esta concreta alegación de inadmisibilidad opuesta por la entidad financiera recurrida, al amparo del art. 485 II de la LEC , a diferencia de las anteriores, no ha de ser estimada.



2. - Examen de fondo del recurso. Control de incorporación y material o de transparencia reforzada.

La jurisprudencia ha venido distinguiendo, en el tratamiento jurídico de la impugnación de las condiciones generales de contratación, entre un control de incorporación y otro de contenido material, exigiendo el primero de ellos, aplicable tanto en la contratación entre empresarios y profesionales como con consumidores, que las cláusulas contractuales no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, sino que, por el contrario, se expresen con claridad, concreción y sencillez, de manera tal que no se le prive al adherente del conocimiento efectivo de las prestaciones contractuales predispuestas e impuestas por la contraparte.

En este sentido, la exposición de motivos de la LCGC dispone: "Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez".

En definitiva, como señala la sentencia del Pleno de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, "[...] en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

Mediante el control de incorporación se intenta, pues, comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente (SSTs 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero). Es por ello que, en el caso litigioso enjuiciado por la precitada sentencia 314/2018, se consideró que la condición general impugnada se había incorporado correctamente al clausulado contractual, "[...] porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado "Tipo de interés aplicable", en un apartado propio, en el que los límites a la variabilidad del tipo de interés se resaltan en letra negrita. Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

Ahora bien, en la contratación con consumidores, junto a dicho control de incorporación, es necesario que la condición general impugnada supere el control adicional de contenido, que hemos llamado material o de transparencia reforzada, el cual, como ha declarado reiteradas veces esta Sala, no puede ser reconducido al mero control de la incorporación de la cláusula predispuesta, sino que implica adquirir el conocimiento real de los compromisos económicos y jurídicos efectivamente asumidos, lo que exige una adecuada y completa información precontractual, dada la relación de asimetría convencional, que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere la comprensión 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 (SSTs 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio y 209/2019, de 5 de abril). No basta pues con la simple claridad gramatical (STS 483/2018).

Constituye un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTs 727/2018, de 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo, las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), la que viene entendiendo que:

"[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor 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 pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

De la misma forma la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que "el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 " (ap. 49), añade:

"50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que 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 (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).

51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular".

3. - Estimación del recurso de casación.

Las circunstancias concurrentes en este caso conducen a casar la sentencia de la Audiencia.

La resolución recurrida se fundamenta en que la cláusula suelo está ubicada en la condición general tercera referente al tipo de interés ordinario y sus revisiones, que los actores eran titulares de otro préstamo bancario con Caja Laboral, y que, por la confianza con la entidad financiera demandada, se firmó la subrogación; que el actor reconoció celebrar al menos tres reuniones con el Banco, que la oferta vinculante está expresamente firmada por los recurrentes, así como que, por el notario autorizante, se llevó a efecto una extensiva lectura de la escritura pública. Hace igualmente referencia a que el actor anotaba por escrito todas las condiciones económicas y que se hicieron simulaciones que, según declaró, hacían referencia al interés variable, si bien negó haber recibido información sobre la cláusula suelo.

No podemos considerar, con estos razonamientos, superado el control material o de transparencia reforzada. En efecto, no se cuestiona que la condición general impugnada se hubiera incorporado correctamente al contrato en el lugar que le corresponde relativo al interés pactado, así como que su redacción es clara y no ofrece dificultades interpretativas.

Sin embargo, no deja ser cierto que no se le ha dado la transcendencia contractual que le correspondía, al afectar directamente a la contraprestación principal de los prestatarios de satisfacer el importe de las cuotas de amortización del préstamo, sino un tratamiento de naturaleza secundario o de segundo orden, enmascarado en el clausulado convencional, pese a que la cláusula suelo, de apenas unas líneas, modificaba completamente la economía del contrato.

En efecto, se pacta un préstamo a interés variable, en el que los primeros seis meses se fijó al 1,75% y, a partir de ese momento, revisable mediante la adición de 0,90 puntos al tipo de referencia constituido por el Euribor. Se estableció más adelante que dicho interés nunca podrá ser superior al 18%. Se fija a continuación el tipo de interés sustitutivo. Acto seguido la bonificación al margen o diferencial fijado. Y, en un último apartado, se refleja la cláusula suelo. En definitiva, si la condición general tercera comienza en la página 20 de la escritura, la cláusula se transcribe en la página 30. En las circunstancias expuestas, no se le da a la condición impugnada la transcendencia contractual, que merecía, para que los consumidores contratantes pudieran adquirir un cabal y real conocimiento de las obligaciones efectivamente asumidas, de manera tal que tomaran constancia de que el préstamo a interés variable suscrito, sólo era susceptible de revisión al alza sobre el tipo inicial establecido, en exclusivo beneficio de la entidad demandada.

Como hemos advertido, por ejemplo, en la STS 483/2018, de 11 de septiembre , "[...] 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 esas condiciones 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".

Y añade que el control material o de transparencia reforzada excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, "[...] 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".

La información precontractual, que corresponde facilitar a la entidad financiera, deviene pues fundamental. Tanto la jurisprudencia comunitaria como la de esta Sala destacan su importancia, siendo expresión de lo expuesto la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso *RWE Vertrieb* , cuando 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*.

Pues bien, la sentencia recurrida, tras señalar que el actor manifestó no haber recibido información sobre la cláusula suelo, no explicita en qué consistió la información precontractual facilitada por el Banco, que considera o reputa suficiente para considerar superado el control material de transparencia.

Desde luego, no podemos obtener tal conclusión por la circunstancia de haberse celebrado tres reuniones con el actor, si desconocemos su contenido; ni por el hecho de que el recurrente anotaba por escrito las condiciones económicas, cuándo no se dicen cuáles. Se hace referencia a la realización de simulaciones sobre el interés variable, pero no se dice tampoco que abarcasen las consecuencias económicas que sufriría en el supuesto específico de que el Euribor bajara considerablemente sobre el suelo pactado. No cabe dividir la declaración de parte, cuando el recurrente manifestó también que no se le informó sobre la cláusula litigiosa. Se hace referencia al primer préstamo concertado, cuando en el mismo no se incluía una estipulación de tal clase. En la oferta vinculante, en lo que ahora nos interesa, únicamente expresa, tipo mínimo 1,75%.

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".

Tampoco el deber de poner a disposición del cliente la información precontractual necesaria y suficiente puede quedar reducido a que el prestatario tenga la posibilidad de acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos a su firma (STS 614/2017, de 16 de noviembre).

En la sentencia 171/2017, de 9 de marzo , declaramos 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, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio , lo anterior 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.

QUINTO. - Sentencia de casación.

En virtud de los razonamientos expuestos procede la estimación del recurso de casación, y, según lo postulado por la parte actora, decretar la nulidad de la cláusula impugnada, con efectos de 9 de mayo de 2013, so pena de no ser congruentes con lo solicitado.

SEXTO. - Sobre el interés moratorio.

La Audiencia no entró a analizar la nulidad de la condición general de contratación concerniente al interés moratorio desestimada por el Juzgado, por entender que no había sido objeto del correspondiente recurso de

apelación, toda vez que el mismo no contenía ninguna fundamentación al respecto. El art. 458.2 de la LEC establece que, en la interposición del recurso, el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación y los pronunciamientos que impugna, requisitos omitidos por el recurrente. Por su parte, el art. 465.5 de dicha disposición establece que la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461.

En cualquier caso, de no compartirse por los actores la decisión de la Audiencia se debió interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1. 2.º LEC, por infracción del art. 218.1 de dicho cuerpo legal, sin que podamos entrar a analizar un recurso de casación, por interés casacional, contra una resolución de la Audiencia, que no contiene ningún pronunciamiento con respecto al motivo de nulidad postulado, sobre el cual sí se manifestó el Juzgado desestimándolo.

SÉPTIMO.- Sobre las costas.

No se hace especial condena en costas, toda vez que el recurso de casación fue parcialmente estimado, el recurso de apelación se estima, y la demanda fue acogida en parte (arts. 394 y 398 LEC).

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 los demandantes contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016, por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, en el recurso de apelación n.º 368/2016 .
2. º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto en su día por los demandantes, decretar la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita por las partes, en fecha 30 de junio de 2010, condenando a la entidad demandada a devolver a los actores la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas, en virtud de dicha cláusula, desde la fecha postulada de 9 de mayo de 2013, más sus intereses legales desde la fecha de cada cobro, así como a recalcular el cuadro de amortizaciones de la forma interesada en apartado 2 B) del suplico de la demanda.
3. º- No procede imponer condena en costas de primera y segunda instancia.
4. º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.
5. º- Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos.

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

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan

Jose Luis Seoane Spiegelberg