

CASACIÓN núm.: 2697/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 367/2017

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.
D. Francisco Marín Castán, presidente
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán
En Madrid, a 8 de junio de 2017.

Esta sala ha visto el **recurso de casación respecto de la sentencia de 9 de septiembre de 2014** dictada en grado de apelación por la **Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva**, como **consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 297/2011 del Juzgado de lo Mercantil de Huelva**, sobre nulidad de condiciones generales de contratación y reclamación de cantidad.

El recurso fue interpuesto por D.^a XXX, representada por la procuradora D.^a María José Rodríguez Teijeiro y asistida por el letrado D. Rafael Carrellán García.

Es parte recurrida Banco Popular Español, S.A., representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y asistido por el letrado D. Jesús Pérez de la Cruz Oña.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.^a María Martínez López, en nombre y representación de D.^a XXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español, en la que solicitaba se dictara sentencia: «[...] por la que: » 1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita y plasmada en el hecho Segundo de la presente demanda, es decir, de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que actualmente establece un tipo mínimo de interés del 5,50%.

» 2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario. » 3. Condene a Banco Popular Español, S.A. a la devolución a la prestataria de cuantas cantidades haya cobrado la entidad hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico.

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

2.- La demanda fue presentada el 4 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Huelva y fue registrada con el núm. 297/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda y solicitó su desestimación, con expresa imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Huelva, dictó sentencia de fecha 15 de noviembre de 2013, en la que desestimó la demanda, sin hacer pronunciamiento sobre las costas.

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

- 1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª XXX. La representación de Banco Popular Español S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.
- 2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 248/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2014, que desestimó el recurso, con expresa imposición de costas a la recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

- 1.- La procuradora D.ª María Martínez López, en representación de D.ª XXX, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), en la relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec. 482/2012 y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable».

«Segundo.- Infracción del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (a partir de ahora TR LGDCU), en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia, en cuanto a la legalidad) de las condiciones generales de contratación, e infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec 485/12, y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable, y en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, nº 406/2012, rec 46/2010»

- 2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de enero de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

- 3.- Banco Popular Español presentó escrito de oposición al recurso.

- 4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo de pleno el día 17 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

- 1.- D.ª XXX interpuso una demanda contra Banco Popular Español S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular) en la que impugnaba, por su carácter abusivo, la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario que suscribió junto con su marido el 5 de diciembre de 2007 con el Banco de Andalucía S.A. (en lo sucesivo, Banco de Andalucía), posteriormente fusionado con el Banco Popular, que estaba documentado en escritura pública.

El contrato de préstamo hipotecario fijó, como interés remuneratorio, un interés variable consistente en el euribor a un año más 0,90 puntos porcentuales. Cuando se firmó el contrato, el euribor a un año se situaba en el 4,647%.

Las estipulaciones relativas a los intereses que devengaría el préstamo se iniciaban en la última línea de la página 17 de la escritura pública en la que estaba documentado el contrato de préstamo hipotecario (que constaba de 61 páginas, sin contar los documentos adjuntos) y finalizaban en la página 28 de la escritura. En la página 25 se contenía la siguiente estipulación:

«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 CINCO ENTEROS Y CINCUENTA CENTESIMAS POR CIENTO.--» (énfasis en negrita como en el original).

En las páginas 54 y 55 de la escritura se decía:

«A los efectos previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en relación con la circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que modifica la 8/1990 de la misma entidad, yo, el Notario hago constar: »1.- Que a la presente operación son de aplicación las disposiciones de dicha norma.

»2.- Que la entidad acreedora me ha exhibido la oferta vinculante a que se refiere el artículo 5 de la Orden con el contenido esencial del anexo II, coincidiendo a mi juicio con las cláusulas financieras de esta escritura.

»3.- Conforme al artículo 7 de la citada Orden sobre transparencia, hago constar:

»a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado es uno de los oficiales a que se refiere la disposición adicional segunda de la Orden de transparencia en relación con la norma sexta bis de la Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio, que define los tipos oficiales.

»b) El tipo de interés inicial de esta operación es INFERIOR al que resultaría de aplicar teóricamente, en la actualidad, el tipo variable pactado.

»4. - Que el resto de las cláusulas no financieras no implican comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

»5.- Que el prestatario renuncia al derecho de examinar esta escritura en los tres días que dispone la orden, dejando constancia de que se autoriza en la propia Notaría, conforme prevé el artículo 7-2º de la Orden sobre transparencia» (énfasis en negrita como en el original). En la demanda se solicitaba que se declarara la nulidad, por abusiva, de la referida cláusula suelo, su eliminación del contrato y la devolución de las cantidades satisfechas.

2.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia que desestimó la demanda por entender que la condición general que contenía la cláusula suelo reunía los requisitos de incorporación y, además, era transparente.

Añadió que, aun cuando se entendiera que la cláusula no es transparente, no sería abusiva porque «la inclusión del suelo no conlleva déficit jurídico de la posición del consumidor, no implica mayores obligaciones, ni limitación de sus derechos derivados del contrato para la parte, tampoco una mejora de la situación jurídica de la entidad financiera, en contraposición a la del consumidor».

3.- La demandante recurrió la sentencia en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso.

Tras afirmar que la condición general que contenía la cláusula suelo superaba el control de incorporación al contrato del art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC), pues la señora notaria hizo notar que se cumplieron los requisitos de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la Audiencia Provincial abordó el control de transparencia. Sobre esta cuestión, declaró que pese a que pueda reprocharse que la cláusula, tal como consta en la escritura, no contenga más información sobre su carácter de elemento definitorio del objeto principal del contrato, esté enmascarada entre otros datos relativos a la revisión del interés, no consten simulaciones de escenarios diversos y no se haya advertido de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, el consumidor había adquirido un conocimiento adecuado de la importancia, funcionamiento y trascendencia de tal cláusula por tres razones fundamentales:

1) La redacción de la cláusula no es especialmente oscura ni compleja, y resulta accesible su contenido para una persona de cultura media sin necesidad de complicadas interpretaciones.

2) La demandante, de forma paralela a la suscripción del préstamo hipotecario, suscribió también con el banco un contrato de permuta de tipos de interés, vinculado inescindiblemente al préstamo hipotecario, impugnado ante otro juzgado por error vicio en el consentimiento.

3) El préstamo fue suscrito también por el marido de la demandante, que trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico.

4.- La demandante ha interpuesto un recurso de casación contra esta sentencia, que se basa en dos motivos. En el primero alega la infracción de los arts. 5 y 7 LCGC, por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el control de incorporación.

El segundo motivo denuncia la infracción del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU) por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el control de transparencia.

5.- Las objeciones que Banco Popular ha realizado a la admisión del recurso son inconsistentes, puesto que las razones que, como se verá, llevarán a estimarlo hacen referencia a valoraciones jurídicas y no suponen una modificación de los hechos relevantes fijados en la instancia.

6.- Banco Popular ha planteado también en su oposición al recurso la irrelevancia que para la decisión del recurso debe tener la sentencia 705/2015, de 23 diciembre, que estimó una acción colectiva de cesación sobre esta misma cláusula suelo en la que Banco Popular era demandado.

SEGUNDO.- Efectos de la sentencia estimatoria dictada en un proceso en que se ejercitó una acción colectiva de cesación respecto de los procesos sobre acciones individuales

1.- Aunque esta cuestión no sea una de las planteadas en el recurso de casación, pues este se formuló con anterioridad a que se dictara la sentencia a la que vamos a referirnos, el Banco Popular, parte recurrida, sí ha suscitado en su oposición al recurso la cuestión de qué eficacia debe darse a la sentencia firme que estimó una acción colectiva ejercitada en su contra por una asociación de consumidores, por lo que dicha cuestión debe tratarse en primer lugar.

Dicha acción colectiva dio lugar al proceso que finalizó mediante la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 diciembre, que confirmó en este extremo la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta sentencia declaró el carácter abusivo, y por tanto la nulidad, de la misma cláusula suelo objeto de este litigio, y ordenó a Banco Popular que cesara en el empleo y difusión de tal condición general, que la eliminara de sus condiciones generales y se abstuviese de utilizarla en lo sucesivo. Banco Popular, que reconoce que la cláusula suelo utilizada por su entonces filial Banco de Andalucía es la misma que fue objeto de la acción colectiva, alega que la sentencia que estimó la acción colectiva carece de trascendencia en la resolución de este recurso, pues este versa sobre una acción individual, por lo que la decisión a adoptar no debe venir determinada por lo que se resolvió en la sentencia sobre la acción colectiva, y que pese a que esta declaró la nulidad de tal cláusula suelo y acordó la cesación en su utilización, el presente recurso debe ser desestimado y la sentencia de la Audiencia Provincial, que denegó la nulidad pretendida, debe ser confirmada.

2.- Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución.

El reconocimiento y la regulación de las acciones colectivas responden a las exigencias del art. 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y tienen anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución.

3.- La eficacia ultra partes de las sentencias dictadas en los litigios en que se ejercitan estas acciones colectivas es problemática. Como declaramos en la sentencia 375/2010, de 17 junio, respecto de los efectos de cosa juzgada de estas sentencias, es necesario, de una parte, garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, de otra, el ejercicio de estas acciones no puede suponer una restricción a la protección de los derechos de los consumidores.

4.- En el presente caso, la cuestión a decidir consiste en determinar qué efectos debe tener la sentencia estimatoria de una acción colectiva en un posterior litigio en el que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia.

Se trata de una cuestión distinta de la que fue resuelta en la sentencia 705/2015, de 23 diciembre, en que apreciamos la eficacia de cosa juzgada de una sentencia previa que estimó una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de una cláusula suelo abusiva, por falta de transparencia, respecto de un posterior litigio en que se ejercitaba por otra asociación de consumidores una acción colectiva respecto de la misma cláusula predispuesta por el mismo banco (en ese caso, BBVA).

Es también diferente de la cuestión que ha sido objeto de sentencias más recientes tales como las 127/2017, de 24 de febrero, 334/2017, de 25 de mayo y 357/2017, de 6 de junio, pues en estas se planteaba la eficacia que pudieran tener los pronunciamientos de la sentencia desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual, y concluimos que tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir.

5.- Para resolver la cuestión que se plantea por el banco recurrido en este recurso debemos partir de varios presupuestos fundamentales.

En primer lugar, tal como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, «las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

Esta diferencia de naturaleza entre una y otra acción también ha sido advertida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina se reitera en las sentencias 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre. En estas sentencias, y en lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional declaró que, sin perjuicio de que el juzgado, al dictar sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula, extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima a causa de una línea de defensa jurídica de la entidad demandante, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes solo por él conocidas. Debe tomarse en consideración, porque es relevante, que estas resoluciones se referían a casos en los que la pendencia de un proceso en que se ejercitaba una acción colectiva sobre nulidad, por abusiva, de una condición general y cesación en su uso, se invocaba como fundamento de una supuesta litispendencia para paralizar las acciones

individuales ejercitadas por consumidores que no eran parte en el proceso en que se ejercitaba la acción colectiva.

6.- Junto a estas consideraciones sobre la diferente naturaleza de las acciones colectiva e individual que tengan por objeto la declaración de nulidad, por abusivas, de condiciones generales y la falta de automatismo en la extensión de la cosa juzgada, también debe tomarse en cuenta la función tuitiva de los consumidores que tiene la acción colectiva, que se funda en lo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE. Esta función se vería frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en procesos pendientes o futuros en que se ejercitara la acción individual respecto de dicha cláusula.

En este sentido, hemos afirmado en las sentencias 401/2010, de 1 de julio, y 241/2013, de 9 de mayo (en lo sucesivo nos limitaremos a citarla como sentencia 241/2013), que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme.

7.- Es relevante lo declarado sobre esta cuestión en la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10: «41. En cuanto a la segunda parte de la primera cuestión, relativa a las consecuencias que los órganos jurisdiccionales

nacionales han de aplicar en el caso de la declaración, en el marco de una acción de cesación, del carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las CG [condiciones generales] de los contratos celebrados con consumidores, en primer lugar procede recordar que la facultad del juez nacional para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual constituye un medio idóneo para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en el artículo 7 de la Directiva (véase la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 27 y jurisprudencia citada). Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que dicho juez deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase la sentencia Mostaza Claro, antes citada, apartado 38).

»42. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia Perenièová y Pereniè, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada). »43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción [colectiva] de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula. »44. Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que: – no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación; – cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las CG, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula»

8.- En la sentencia 241/2013, de modo similar a lo dicho en la sentencia 401/2010, de 1 de julio, declaramos que el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información llevaba a ceñir los efectos de tales sentencias (que resolvían sobre acciones colectivas) a quienes ofertaran en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallaran completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos. En la sentencia 139/2015, de 25 marzo, que resolvía sobre una acción individual, consideramos que concurrían tales requisitos y apreciamos que la sentencia 241/2013 alcanzaba a los demandantes en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas de un modo directo, pues era demandado uno de los bancos que también fue demandado en el litigio que dio lugar a la sentencia 241/2013 que estimó la acción colectiva de cesación.

9.- La solución a la cuestión planteada (qué efectos debe tener la sentencia estimatoria de una acción colectiva en un posterior litigio en que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia) debe buscarse tomando en consideración los distintos criterios a que se ha hecho referencia. Ha de tenerse en cuenta que en la resolución de la acción colectiva de cesación, el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio. Así lo pusimos de manifiesto en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148, 152 y 253 de la sentencia 241/2013. Es también relevante cuál es la naturaleza de la abusividad de la condición general. En el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado. Por tanto, en el enjuiciamiento de una acción colectiva de cesación de una cláusula suelo por falta de transparencia se toma también en consideración cuál ha sido la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conociera la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente su incidencia en el precio. Así lo afirmamos también en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148 y 157 de la sentencia 241/2013. En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en la que se estimó la acción colectiva, se declaró la nulidad de la cláusula suelo empleada por el Banco Popular (que según reconoce este, coincide con la empleada por su entonces filial Banco de Andalucía) y se ordenó el cese en su utilización, se tuvo en cuenta la redacción de la cláusula y su encuadre en el contrato, junto con otras cláusulas, desde el punto de vista del consumidor medio. Asimismo, Banco Popular no acreditó la existencia de una práctica estandarizada en su modo de contratar que supusiera la comunicación al consumidor de información precontractual adecuada sobre la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio (el interés a pagar por el prestatario).

10.- La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, 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 que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual. En concreto, pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que Banco Popular hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara, en línea con los criterios establecidos en nuestra sentencia 241/2013, no solo la existencia de la cláusula suelo sino también su trascendencia en el desarrollo del contrato, de modo que el consumidor pudiera tomar plena consciencia, sin necesidad de un análisis exhaustivo del contrato, de que no estaba contratando un préstamo a interés variable, sino un préstamo en el que la variación a la baja del interés resultaba limitada por la existencia de un suelo.

11.- En el presente litigio, para comprobar estos extremos, determinantes de la eficacia que deba otorgarse a la sentencia recaída en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva, procede analizar los motivos del recurso de casación, pues en ellos se plantean cuestiones que son relevantes para decidir esta cuestión.

Como se verá más adelante, en el caso objeto del presente recurso no concurren estas circunstancias excepcionales que enervan la eficacia de la sentencia dictada en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva pues, como se razonará, que el marido de la demandante trabajara en una empresa que asesoraba el establecimiento de empresas en Méjico no lo convierte en un experto en este tipo de contratos. No basta que el consumidor tenga una cierta cualificación profesional, incluso relacionada con el mundo del Derecho o de la empresa, para considerarle un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo y ser consciente de sus efectos pese a la ausencia de información adecuada por parte del predisponente. Y, como también se verá, no ha existido una actuación de Banco Popular adecuada para informar a la demandante y su marido de la existencia de una cláusula suelo que afectaba significativamente a la carga económica que asumían en el desarrollo del contrato de préstamo, que se aparte de las pautas estandarizadas de comportamiento tomadas en consideración al estimar la acción colectiva. No se ha aportado siquiera la oferta vinculante que le fue entregada ni otra documentación precontractual en la que se cumpliera con el deber de información sobre la existencia de dicha cláusula y su incidencia en el precio, al limitar la variación a la baja del tipo de interés.

12.- Debe dejarse claro que el hecho de que en supuestos excepcionales la sentencia firme que estima una acción colectiva de cesación no extienda sus efectos a litigios en que se ejerciten acciones individuales no obsta, naturalmente, a que la empresa condenada al cese en el uso de una condición general, por abusiva, deba cumplir efectivamente la condena y cesar completamente en el uso de dicha condición general en su actuación en el mercado.

TERCERO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.- El primer motivo del recurso se encabeza con este epígrafe: «Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación [...], en la relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec. 482/2012 y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable».

2.- En el desarrollo del recurso se alega que el tribunal de apelación ha incurrido en tal infracción legal al considerar que el control de inclusión de la cláusula resulta superado por la intervención de la notaria, puesto que no es cierto que se diera cumplimiento adecuado a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

CUARTO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo

1.- En la demanda se ha ejercitado una acción encaminada a que se declarara la nulidad de la cláusula suelo incluida en un contrato de préstamo hipotecario, por ser abusiva. En ella no se denuncia el incumplimiento de los requisitos de incorporación de tal condición general. El debate tanto en primera como en segunda instancia se ha centrado en el control de abusividad de dicha cláusula, y más concretamente en si supera el control de transparencia, sin perjuicio de que las sentencias de instancia hayan realizado algunas consideraciones respecto de cuestiones colaterales, una de las cuales es la de los requisitos de incorporación de la condición general.

2.- La infracción de los arts. 5 y 7 LCGC podría constituir el objeto de un motivo del recurso de casación si en la demanda se hubiera ejercitado una acción encaminada a declarar que la cláusula suelo no podía considerarse incluida en el contrato de préstamo hipotecario por no superar el control de inclusión, con base en esos preceptos legales. Pero al no haber sido ejercitada esa acción, pues la acción ejercitada ha sido exclusivamente la de nulidad de la cláusula suelo por su carácter abusivo y en la demanda no se mencionaba la cuestión del control de incorporación ni los preceptos legales que la regulan, no es admisible un motivo de casación fundado en la infracción de preceptos legales distintos de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada.

QUINTO.- Formulación del segundo motivo del recurso

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [...], en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia, en cuanto a la legalidad) de las condiciones generales de contratación, e infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec 485/12, y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable, y en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, nº 406/2012, rec 46/2010».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente pone de relieve la contradicción que supone que la Audiencia reconozca que la cláusula no contiene más información acerca de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, que pueda estar enmascarada entre otros datos relativos a la revisión del interés, que no consten simulaciones de escenarios diversos o que no se haya advertido de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad y sin embargo afirme que la cláusula suelo es transparente. Asimismo, impugna los argumentos utilizados para afirmar la transparencia de la cláusula, tanto los relativos a la claridad de la cláusula como los que se refieren a la suscripción paralela de un swap de tipos de interés, que resultó anulado por vicio del consentimiento, y a la intervención del marido de la demandante en la suscripción del contrato, que fue considerado irrelevante por otra sección de la Audiencia Provincial cuando enjuició el error vicio en el consentimiento al suscribir el swap.

SEXTO.- Decisión del tribunal. El control de transparencia de las cláusulas suelo. Importancia de la información precontractual

1.- El control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores ha sido 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, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove. De acuerdo con estas sentencias, 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, sus consecuencias económicas.

3.- 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.

4.- Con relación a las condiciones generales que contienen la denominada «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013 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, y 171/2017, de 9 de marzo. En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro 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.

5.- 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.

6.- La sentencia 241/2013 identificó seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes, que eran los siguientes:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

7.- En el auto de 3 de junio de 2013, que resolvió la solicitud de aclaración de la sentencia 241/2013, declaramos 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 el análisis del control de transparencia no es necesario que el tribunal analice todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013 para poder concluir, en su caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. 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.

8.- La Audiencia Provincial consideró que en el caso objeto del litigio concurrían varias de las circunstancias por las que la sentencia 241/2013 consideró que las cláusulas suelo objeto de aquel proceso no eran transparentes. En concreto, la cláusula suelo utilizada por Banco Popular no contenía información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, 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. Pero tras invocar el carácter no exhaustivo de estos criterios, la Audiencia consideró que la cláusula suelo era transparente por otras razones. El recurso considera que la toma en consideración de estas razones contradice la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 241/2013 y 464/2014, de 8 de septiembre.

9.- La primera razón por la que la Audiencia Provincial considera que la cláusula suelo era transparente consiste en que la redacción de la cláusula no es especialmente oscura ni compleja, y resulta accesible su contenido para una persona de cultura media sin necesidad de complicadas interpretaciones.

10.- La Audiencia Provincial está considerando 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. La sentencia de la Audiencia reconoce que el contrato no contenía más información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, 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.

11.- El tope mínimo fijado en la cláusula suelo para el interés del préstamo era de un 5.50%. En el momento de suscripción del préstamo, la aplicación del índice de referencia (el euríbor a un año) más el diferencial de 0,90 puntos porcentuales hubiera dado un interés del 5,547%, esto es, prácticamente el fijado como «suelo». Los prestatarios solo podrían beneficiarse de una bajada irrelevante del interés, del 0,047%, por más que el índice de referencia descendiera. La trascendencia de esta cláusula, en el caso objeto del litigio, consiste en que el préstamo concertado por la demandante y su marido 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, los prestatarios apenas podrían beneficiarse de tal bajada, mientras que si el euríbor subía, los prestatarios se verían perjudicados 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 no se ha aportado la oferta vinculante que consta que se hizo a los prestatarios, ni 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 negrilla en algunos pasajes de la cláusula documentada en la escritura pública.

12.- El segundo argumento por el que la Audiencia Provincial considera que la cláusula suelo era transparente es que los prestatarios, de forma paralela a la suscripción del préstamo hipotecario, suscribieron con el banco un contrato de permuta de tipos de interés, vinculado inescindiblemente al préstamo hipotecario.

13.- El carácter ejemplificativo de los parámetros utilizados en la sentencia 241/2013 para determinar que las cláusulas suelo objeto de aquel litigio no eran transparentes, y la afirmación en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, de que lo determinante es la concurrencia de circunstancias que, en su conjunto, pongan de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia, no permite que para enjuiciar la transparencia de una cláusula suelo se tomen en consideración criterios que nada tengan que ver con el significado y alcance del control de transparencia, o que incluso sean totalmente contradictorios con dicha institución. Con independencia de que en este caso el contrato de swap de tipos de interés ofrecido por Banco Popular a los prestatarios cuando suscribieron el préstamo hipotecario haya sido anulado por error vicio en el consentimiento, la suscripción de un swap de tipos de interés conjuntamente con un préstamo con cláusula suelo no solo no muestra la transparencia de dicha cláusula suelo sino que, por el contrario, confirma que los prestatarios no recibieron la información oportuna sobre la trascendencia económica de dicha cláusula. Solo esa falta de información adecuada sobre la cláusula suelo puede explicar que suscribieran además un contrato, el swap de tipos de interés, en el que los clientes deben pagar al banco si el tipo de referencia, el euríbor, baja, cuando el préstamo al que se encuentra vinculado la contratación de dicho swap contiene una cláusula suelo que impide que la

cuota de amortización del préstamo se reduzca cuando el euríbor baje. El efecto combinado de la cláusula suelo y del swap se traduce en que cuando el índice de referencia baja, el prestatario no ve reducida la cuota de su préstamo, al contrario de lo que ocurre en los préstamos cuyo interés variable carece de límites a dicha variabilidad, y que además tiene que pagar al banco liquidaciones negativas del swap. La bajada de los tipos de interés, que supone un beneficio para los consumidores que tienen concertado un préstamo a interés variable, se convierte en este caso en un hecho perjudicial para el prestatario.

14.- La última razón por la que la Audiencia Provincial considera que la cláusula suelo es transparente consiste en que el préstamo fue suscrito también por el marido de la demandante, que trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico, como constaba en un acta notarial aportada por Banco Popular.

15.- No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento. Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses.

16.- No obstante, es cierto que en el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración «todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración», como prevén los arts. 4.1 de la Directiva y art. 82.3 TRLCU. Es por eso que, pese al carácter más objetivo del enjuiciamiento de la abusividad de las condiciones generales, cuando está en juego el control de transparencia, en el que la información al consumidor sobre la incidencia que la cláusula suelo tiene en el precio del contrato es fundamental, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, por sus circunstancias personales, se encuentren correctamente informados sobre la trascendencia de la cláusula. Cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido, que es justamente la existencia de consentimiento del consumidor respecto de tales cláusulas. Además de lo anterior, no otorgar relevancia a estas circunstancias excepcionales cuando de ellas resulta con claridad que el consumidor conoce adecuadamente la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio, sería contrario a las exigencias de la buena fe, que informan todo el ordenamiento jurídico.

17.- Lo anterior no implica que la protección que la exigencia de transparencia de las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato y la no vinculación a las cláusulas abusivas supone para el consumidor, quede enervada en el caso de que este tenga cierta formación. Como hemos dicho anteriormente, al predisponente se le exige un plus de información sobre las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado. En la contratación en masa, el consumidor centra su atención, y por ello su consentimiento es pleno, en el precio y en la prestación que recibe a cambio. No le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, una ocupación intensiva en el examen del condicionado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de un modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato.

18.- En el caso objeto del recurso no concurren esas circunstancias excepcionales que enerven la consideración de la cláusula suelo como no transparente. Que el marido de la demandante sea licenciado en Derecho, que haya homologado en España su título de licenciado en Derecho expedido por una universidad mejicana, y que trabaje en una empresa que asesora a empresas que quieren establecerse en Méjico, no supone que tenga un conocimiento experto de los contratos bancarios que le permita, sin necesidad de estudiar pormenorizadamente el contrato en el que interviene como consumidor, conocer la existencia de la cláusula suelo sobre cuya presencia y trascendencia no ha sido adecuadamente informado. Buena prueba de esa falta de conocimiento experto, predicable por lo general de quien se dedica profesionalmente a la banca o a una actividad similar, es que contratara un swap de tipos de interés, que le suponía la realización de pagos cuando el euríbor bajara, vinculado al préstamo hipotecario con cláusula suelo.

19.- Una vez constatado que los criterios utilizados expresamente en la sentencia de la Audiencia Provincial para considerar transparente la cláusula suelo no respetan la jurisprudencia sentada por esta sala, debe abordarse otro argumento de peso tratado de un modo más directo por la sentencia de primera instancia, cuyos razonamientos fueron asumidos por la Audiencia Provincial, como es el hecho de que el contrato estuviera documentado en una escritura pública otorgada ante notaria. En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos 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 solos el cumplimiento del deber de transparencia. En la posterior 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 base en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar.

20.- La jurisprudencia, tanto de esta sala como del TJUE, ha declarado 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». El TJUE ha reiterado la importancia de la información suministrada antes de la celebración del contrato en sentencias posteriores, como la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, párrafo 47; y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo, que declaró: «49. [...] el control de la 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. En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible». »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».

21.- 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 los tribunales de instancia no han tomado en consideración este criterio, pues no han dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado a la demandante y a su marido, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas. La Audiencia reconoce incluso, sin extraer las consecuencias pertinentes, que no se contenía información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, que estaba enmascarada y que no se realizaron simulaciones ni comparación con otros productos ofertados por el banco.

22.- No se ha declarado, pues no existe prueba de ello, que con anterioridad a la contratación, cuando Banco de Andalucía ofertó a la demandante y su marido el préstamo hipotecario, les hubiera suministrado una información clara y precisa sobre la existencia de la cláusula suelo, la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato, que, como se ha dicho, resultaba ser prácticamente un contrato a tipo fijo si el índice de referencia bajaba, mientras que el interés podía variar al alza si el índice de referencia subía. En la escritura pública solo consta que Banco de Andalucía exhibió a la señora notaria una oferta vinculante y que sus cláusulas financieras coincidían con las del préstamo. Pero la oferta vinculante (que se supone habría sido entregada previamente a los prestatarios, aunque no se diga expresamente) no consta incorporada a la escritura ni ha sido aportada al proceso por el banco demandado (que sí ha aportado otra oferta vinculante realizada unos años antes), por lo que no consta que se diera un tratamiento informativo adecuado a la cláusula suelo.

23.- 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. En estas circunstancias, cuando se ha

facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual.

24.- Por último, la sentencia de primera instancia consideró que incluso en el caso de considerar que la cláusula suelo no era transparente, no sería abusiva porque «la inclusión del suelo no conlleva déficit jurídico de la posición del consumidor, no implica mayores obligaciones, ni limitación de sus derechos derivados del contrato para la parte, tampoco, una mejora de la situación jurídica de la entidad financiera, en contraposición a la del consumidor».

25.- Este argumento tampoco es conforme con nuestra jurisprudencia. Es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva pues tal como afirmábamos en el apartado 250 de la sentencia 241/2013 «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato: «64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]» Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente. Pero como ya advertimos en las sentencias 138/2015, de 24 de marzo, y 334/2017, de 25 de mayo, ese no es el supuesto de las llamadas cláusulas suelo. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales 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. Como dijimos en la sentencia 241/2013, apartado 218, «la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor».

Como apostillamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

26.- Por lo expuesto, este motivo del recurso de casación debe ser estimado y la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada. Como se adelantó, no concurre ninguna circunstancia excepcional que excluya la vinculación de la resolución a adoptar en un litigio sobre una acción individual como el que ha dado lugar a este recurso a lo resuelto por sentencia firme en el litigio en el que se ejercitó la acción colectiva, por lo que debe apreciarse la nulidad de la cláusula suelo objeto de este litigio. La revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial supone la plena estimación del recurso de apelación y, como consecuencia de ello, la plena estimación de la demanda, por lo que debe declararse la nulidad de la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo hipotecario y condenarse a Banco Popular a devolver a la parte demandante las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula con sus intereses legales, de acuerdo con la doctrina sentada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C- 154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo, que esta sala ha seguido a partir de la sentencia 127/2017, de 24 de febrero.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga expresa imposición de las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación, y que se condene a Banco Popular a las costas de la primera instancia, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª XXX, contra la sentencia de 9 de septiembre de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, en el recurso de apelación núm. 248/2014.

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

2.º.1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª XXX contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Huelva de 15 de noviembre de 2013, que revocamos.

2.º.2.- Estimar la demanda interpuesta por D.ª XXX contra Banco Popular de España S.A.

2.º.3.- Declarar la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación que contiene la cláusula suelo que actualmente establece un tipo mínimo de interés del 5,50% del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 5 de diciembre de 2007.

2.º.4.- Condenar a Banco Popular de España S.A. a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario y a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado en aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico.

3.º- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación. Condenamos a Banco Popular de España S.A. al pago de las costas de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.