

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066223

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 517/2022, de 1 de julio de 2022**Sala de lo Civil**Rec. n.º 5686/2018***SUMARIO:**

Préstamo hipotecario. Subrogación. Cláusula suelo. Nulidad. Control de transparencia. Los demandantes recurren en casación la sentencia que estimó la apelación del banco demandado y revocó la sentencia del juzgado que había estimado la demanda de declaración de nulidad de una cláusula suelo y restitución de cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación. Es jurisprudencia reiterada la de que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroge en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta. En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que se había superado el control de transparencia porque la cláusula de la escritura firmada por el banco y la promotora era «de una claridad meridiana y sin el menor signo de enmascaramiento». Realmente, contra lo que dice la parte recurrida, la Audiencia no declara como hecho probado que los compradores tuvieran acceso a la escritura de préstamo al promotor en la que se recogía la cláusula suelo, sólo se hizo mención a otras cláusulas financieras de las que no se deducía su existencia. El juicio sobre la suficiencia de la información precontractual para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia está en función de circunstancias como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos; pero en el presente caso no consta la relación de la actividad de los demandantes con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. En consecuencia, la demandada no quedaba exonerada de cumplir los deberes de información que le incumbían.

PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 2 b), 3.2, 4.2, 5, 6.1 y 7.1.

Ley 7/1998 (Condiciones generales de contratación), arts. 5 y 7.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 80.1 a) y 82.1.

PONENTE:

Doña María de los Ángeles Parra Lucan.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 517/2022

Fecha de sentencia: 01/07/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5686/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2022

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. SECCIÓN 15.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5686/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA NÚM. 517/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 1 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Celestino y D. Cesareo, representados por la procuradora D.^a Leticia Calderón Galán y bajo la dirección letrada de D.^a Cristina Muntañola Álvarez, contra la sentencia n.º 652/2018, de 8 de octubre de 2018, dictada por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 807/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 489/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona, sobre nulidad de cláusula suelo. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A. (antes Banco Popular S.A.), representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D.^a Mónica Labelle Pulido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia*

1. D. Celestino y D. Cesareo interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Popular S.A., en la que solicitaban se dictara sentencia 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, contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 30 de marzo de 2005, en la que se subrogó la parte actora, que limita la variación del tipo de Interés estableciendo un tipo mínimo de interés del 3'00% [en la cláusula financiera primera 3.3].

"2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario referido y, consecuentemente, a abstenerse de aplicarla en lo sucesivo.

"3. Condene a "Banco Popular" a la devolución a la parte demandante de cuantas cantidades haya cobrado hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula que limita la variación del tipo de interés, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico y hasta su efectiva restitución.

"4. Subsidiariamente condene a la entidad "Banco Popular" a la devolución de cantidades desde el 9 de mayo de 2013, en la que se dictó sentencia por el pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, hasta la resolución definitiva del proceso.

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

2. La demanda fue presentada el 6 de junio de 2014 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona, fue registrada con el n.º 489/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Banco Popular S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona dictó sentencia de fecha 17 de marzo de 2017, con el siguiente fallo:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por Celestino y Cesareo contra la entidad Banco Popular S.A., sin condena en costas.

"Declaro la nulidad de la cláusula suelo de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 2 de julio de 2007, por abusiva.

"Condeno a la entidad demandada a devolver al actor las cantidades que indebidamente hubiera podido percibir desde la fecha de suscripción del contrato ex art. 1.303 del CC. Dicha cantidad devengará el interés legal del dinero desde la reclamación extrajudicial ex art. 1.100 y 1.008 CC.

"Condeno a Banco Popular S.A. a eliminar a su costa la citada cláusula.

"Declaro, en lo restante, la vigencia del referido contrato de préstamo hipotecario".

4.- Banco Popular S.A. solicitó, a través de su representación procesal, aclaración, corrección o subsanación de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto de fecha 18 de abril de 2017.

Segundo. Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular S.A. e impugnada por D. Celestino y D. Cesareo.

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que los tramitó con el número de rollo 807/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2018, con el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona de fecha 17 de marzo de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y en su lugar desestimamos íntegramente la demanda de Celestino y Cesareo contra Banco Popular, S.A. con imposición a la parte actora de las costas de la primera instancia.

"Desestimamos el recurso de Celestino y Cesareo.

"No hacemos imposición de las costas de ninguno de los recursos".

Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. D. Celestino y D. Cesareo interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero.

Infracción de los arts. 5.5 y 7 LCGC, art. 4.2 Directiva 93/13 CEE y 60.1 y 80.1 TRLGDCU.

Segundo.

Art. 80.1 a) TRLGDCU y arts. 5.5. y 7 LCGC.

Tercero.

Arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 CEE y arts. 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU.

Cuarto.

Arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 CEE y arts. 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU.

Quinto.

Arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 CEE y arts. 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU.

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Celestino y D. Cesareo contra la sentencia de 8 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) en el rollo de apelación n.º 807/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 489/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona".

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

4. Por providencia de 6 de mayo de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 22 de junio de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Los demandantes recurren en casación la sentencia que estimó la apelación del banco demandado y revocó la sentencia del juzgado que había estimado la demanda de declaración de nulidad de una cláusula suelo y restitución de cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación.

En su demanda, los Sres. Celestino y Cesareo, invocando su condición de consumidores, alegaron que en la escritura de fecha 2 de julio de 2007 de compraventa de una vivienda a Viviendas Jardín, S.A., se preveía la subrogación de los compradores en el préstamo hipotecario que gravaba la finca y que había sido concertado por la promotora vendedora con Banco Popular S.A. Argumentaban que en la escritura de 2 de julio de 2007 se reproducían las condiciones esenciales del préstamo, y entre ellas no se hacía referencia a la existencia de una "cláusula suelo" que se recogía en la escritura de préstamo al promotor de fecha 30 de marzo de 2005 y que, de hecho, se aplicó a los compradores. Basaron su demanda en la falta de transparencia por insuficiente información precontractual y solicitaron la declaración de nulidad por abusividad, con devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

El juzgado declaró estimar íntegramente la demanda al considerar que la denominada cláusula suelo no superaba el control de transparencia. Llegó a esta conclusión al no considerar acreditado por parte del banco que informara a los clientes sobre el alcance y consecuencias de la cláusula suelo. El juzgado, tras apreciar la abusividad de la cláusula, condenó al banco a restituir las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación. Sin embargo, no impuso las costas a la entidad demandada por entender que concurrían "dudas de hecho y/o derecho".

La entidad demandada recurrió en apelación y los demandantes impugnaron la sentencia por lo que se refiere a la no imposición de costas a la demandada.

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular S.A. y desestimó la demanda. La Audiencia partió del carácter de consumidores de los demandantes y rechazó que en apelación la demandada pudiera introducir por primera vez la inaplicación de la normativa de protección al consumidor. A continuación,

rechazó los argumentos del banco dirigidos a acreditar la existencia de información con apoyo en la existencia de una oferta vinculante en la que sí aparecía el límite a las variaciones de los tipos de interés. A estos efectos, la Audiencia tuvo en cuenta que la oferta aportada por el banco era de la misma fecha que la escritura de compraventa con subrogación, el 2 de julio de 2007, y además estaba sin firmar por ninguno de los demandantes. La Audiencia, además, restó credibilidad a la testifical del director de la oficina bancaria no solo por la relación laboral que le unía con la entidad sino también por lo poco razonable que le resultaba que transcurridos diez años pudiera recordar las circunstancias particulares del caso. Sin embargo, estimó el recurso de apelación del banco por las siguientes razones: aunque para un consumidor medio no sería suficiente la claridad de la cláusula suelo que figuraba en la escritura de préstamo concertado por la promotora, en el caso los demandantes no encajaban en ese perfil, sino en el de consumidores avezados en cuestiones relativas a la contratación inmobiliaria; tuvo en cuenta para ello que la vivienda adquirida se encuentra en Valencia y los demandantes residen en Barcelona, de modo que sí era creíble la alegación del director de la entidad acerca de que se trataba de una inversión y los demandantes no presentaban el perfil de consumidor medio, lo que se confirmaba por el puesto de responsabilidad de uno de ellos en una inmobiliaria; concluyó que con esos antecedentes, aunque fueran consumidores, a los demandantes no les podía haber pasado inadvertida la cláusula suelo en la que se subrogaban "porque damos por supuesto que tuvieron acceso a la referida escritura con tiempo suficiente antes de subrogarse en el préstamo".

Los demandantes interponen recurso de casación.

Segundo.

El recurso de casación de los demandantes se basa en cinco motivos en los que se denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 LCGC, art. 3.2 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, y 60, 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU. Solicitan que se estime el recurso, se case la sentencia de la Audiencia, se estime su demanda y se imponga a la demandada las costas de ambas instancias.

En el primer motivo denuncian la infracción de los arts. 5.5 y 7 LCGC, art. 4.2 Directiva 93/13 CEE y 60.1 y 80.1 TRLGDCU, por cuanto no se proporcionó la información precontractual necesaria, tal como exige la jurisprudencia, sin que sea suficiente que se diga que los actores eran consumidores avezados.

En el segundo motivo denuncian la infracción del art. 80.1 a) TRLGDCU y arts. 5.5 y 7 LCGC. Se reiteran los argumentos desarrollados en el primer motivo y se añade que en la escritura suscrita, que sintetizaba las condiciones financieras del préstamo, no se contenía la cláusula suelo, por lo que para conocerla se obligaba al cliente a consultar la escritura del préstamo concedido al promotor, lo que según se dice es contrario a la jurisprudencia de la sala que niega que, aun de tener acceso a la escritura suscrita entre el prestamista y el promotor, sea suficiente la claridad de la cláusula para entender superado el control de transparencia.

En el tercer motivo denuncian la infracción de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 y arts. 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU. Se argumenta que, sentada la condición de consumidores, y no constando la dedicación profesional de los actores a la intermediación mobiliaria, no puede vincularse el hipotético fin de alquiler a un conocimiento financiero y económico del préstamo cuando no se les informó conforme exige la jurisprudencia.

En el cuarto motivo denuncian la infracción de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, y arts. 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU. Reiteran el argumento de que la claridad de la cláusula no permite entender superado el control de transparencia, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala.

En el quinto motivo denuncian la infracción de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, y arts. 80.1 a) y 82.1 TRLGDCU. Reiteran que no hubo información precontractual sobre la cláusula suelo y que tampoco estaba recogida en la escritura de compraventa, a diferencia de otras condiciones del préstamo que, a pesar de que no fueron novadas, sí se reflejaron en la escritura. Razonan que ello impidió un conocimiento real de las consecuencias económicas del contrato y que, por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia, no se cumple el requisito de transparencia material de la cláusula suelo.

Tercero.

Debemos pronunciarnos previamente sobre las causas de inadmisibilidad invocadas por la demandada. Según dice, el recurso debió ser inadmitido porque no atiende a la ratio decidendi de la sentencia ni impugna los elementos fácticos de los que parte la sentencia que, en una valoración conjunta de la prueba llega a la conclusión de que como consumidores avezados tendrían acceso a la escritura del préstamo a la promotora y, en consecuencia, se entiende superada la exigencia de transparencia.

La sala no comparte este razonamiento y no aprecia los óbices de inadmisibilidad planteados por la recurrida por cuanto en el recurso no se impugna la valoración de la prueba ni se prescinde de la ratio decidendi de la sentencia sino que, por el contrario, se identifican las normas jurídicas aplicables de manera directa y lo que se impugna es la cuestión jurídica referida a los criterios que tuvo en cuenta la sentencia recurrida para apreciar la transparencia y, en consecuencia, la validez de la cláusula suelo.

Procede por tanto que analicemos el recurso de casación y dada la íntima conexión entre los motivos formulados realizaremos un análisis conjunto de todos ellos, partiendo de la doctrina de la sala, que exponemos a continuación.

Cuarto.

El control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica generalmente no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala).

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, la cláusula supera el control de incorporación cuando los adherentes "tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

Quinto.

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

Se trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

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

A su vez, la jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores 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.

Sexto.

Es jurisprudencia reiterada la de que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal

del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.

El ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, Bachman) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El Tribunal resuelve la decisión prejudicial planteada por un tribunal rumano sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

"El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)".

Es decir, el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

Séptimo.

En la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (Costea) el TJUE concluyó que cuando no se precisa el destino del crédito, el prestatario puede considerarse "consumidor" con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a una actividad profesional.

A diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, siempre y cuando ese ánimo de lucro no se enmarque en una actividad profesional (sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero).

La jurisprudencia comunitaria ha venido considerando que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Y la STJUE de 2 de abril de 2020 (asunto C-500/18) ha ratificado que la finalidad lucrativa no excluye la condición de consumidor, sino que lo relevante es la finalidad profesional.

Desde ese punto de vista, es evidente que, como recuerda la sentencia 250/2022, de 19 de marzo, aunque la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros (lo que ni siquiera está probado como tal en este caso) pueda implicar la intención de obtener un beneficio económico, si esa actuación no forma parte de una actividad comercial, empresarial o profesional de esa persona física que la realiza, no deja de ser un acto de consumo (sentencia 356/2018, de 13 de junio). Es decir, no es lo mismo dedicar un inmueble a arrendamiento, aunque se obtenga un lucro, siempre que esa actividad arrendaticia no suponga una actuación profesional, que desempeñar una actividad empresarial o profesional en un local para cuya adquisición se pide el préstamo, o dedicarlo a una actividad profesional de arrendamiento de inmuebles.

Octavo.

A diferencia de lo que sucedió en los casos que dieron lugar a las sentencias 449/2022, de 31 de mayo, y 130/2021, de 9 de marzo, en este supuesto no se ha planteado, ni ha sido objeto de atención por las sentencias de instancia, si la cláusula suelo ha superado el control de incorporación; el argumento de que la cláusula suelo no figuraba en el contrato suscrito por los actores, a diferencia de otras cláusulas financieras del préstamo al promotor que sí se reprodujeron en la escritura de compra con subrogación, se ha dirigido exclusivamente a apoyar la pretensión de los actores de que no hubo información que permitiera conocer el alcance económico de la cláusula y que no se ha superado el control de transparencia.

En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que se había superado el control de transparencia porque la cláusula de la escritura firmada por el banco y la promotora era "de una claridad meridiana y sin el menor

signo de enmascaramiento" lo que, tratándose de personas acostumbradas a este tipo de operaciones permite concluir, desde la perspectiva de la información precontractual propia del deber de transparencia, que a los compradores no les podía haber pasado inadvertida. Realmente, contra lo que dice la parte recurrida, la Audiencia no declara como hecho probado que los compradores tuvieron acceso a la escritura de préstamo al promotor en la que se recogía la cláusula suelo, sino que considera indicios relevantes para dar por supuesto que tendrían acceso a tal escritura el hecho de que la vivienda se encontrara en una localidad diferente a la del domicilio de los compradores y que uno de ellos ocupara un puesto en el consejo de administración de una inmobiliaria. De esta forma, a pesar de que la Audiencia parte de que los compradores son consumidores, que la oferta vinculante está fechada el mismo día de la firma de la escritura de compra y que no está firmada, convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información.

Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información.

En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la cláusula por la mera subrogación, ya hemos dicho que la sucesión contractual no relevaba a la entidad financiera de su deber de transparencia. Y en el caso que nos ocupa, ni siquiera se incluyó en la escritura donde constaba la subrogación la cláusula suelo, sino que se hizo mención a otras cláusulas financieras de las que no se deducía su existencia. Pero es que, como dice la sentencia 38/2018, de 24 de enero, aun suponiendo que los compradores hubieran tenido acceso a la escritura de préstamo entre la entidad prestamista y el vendedor, no basta con la simple claridad gramatical. Parece que la sentencia recurrida considera que el mero control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC es suficiente 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.

Como advertimos en la sentencia 642/2017, de 24 de noviembre, el juicio sobre la suficiencia de la información precontractual para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia está en función de circunstancias como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos; pero en el presente caso no consta la relación de la actividad de los demandantes con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo, ni siquiera en el Sr. Celestino por el hecho de que ocupara un cargo en el consejo de una inmobiliaria. En consecuencia, la demandada no quedaba exonerada de cumplir los deberes de información que le incumbían.

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

Por esta razón, la sentencia recurrida no es conforme a la doctrina de la sala y debe ser casada y, al asumir la instancia, debemos desestimar la apelación del banco y confirmar la sentencia del juzgado en cuanto apreció falta de transparencia en la cláusula suelo y condenó a restituir las cantidades pagadas en su aplicación.

Procede también estimar la impugnación que los demandantes hicieron de la sentencia del juzgado por lo que se refiere a las costas de la primera instancia, dado que la estimación de la demanda conlleva la imposición de costas, de acuerdo con las exigencias derivadas de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas por nuestras sentencias 419/2017, de 4 de julio y 35/2021, de 27 de enero, y por la STJUE sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

Noveno.

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

Procede imponer a la demandada las costas de primera instancia y las del recurso de apelación que interpuso.

No procede imponer las costas de la impugnación por los demandantes de la sentencia de primera instancia.

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. Celestino y D. Cesareo contra la sentencia de 8 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) en el rollo de apelación n.º 807/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 489/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona.

2.º- Casar y anular dicha sentencia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Banco Popular S.A. contra la mencionada sentencia y en su lugar confirmar la sentencia 91/2017, de 17 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona, salvo en la falta de pronunciamiento sobre costas.

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

4.º- Imponer a Banco Popular S.A. las costas de primera instancia y las de su recurso de apelación. No hacer pronunciamiento sobre las costas de la impugnación de los demandantes de la sentencia de primera instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.