

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 67

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2118/2014] DE 2 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Sociedades de capital: responsabilidad de administradores. - La acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual respecto de la genérica prevista en el Código Civil (art. 1902). Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, pues se genera en el desempeño de las funciones del cargo de administrador. En este sentido, el incumplimiento de una obligación social no es demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad.

«Senoicca S.L. (en lo sucesivo, Senoicca) presentó demanda en la que ejercitaba la acción individual de responsabilidad prevista en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo, TRLSA), al que remite el art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo, LSL), actual art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC), contra uno de los miembros del consejo de administración de Eurovalls Materiales para la Construcción S.L. (en lo sucesivo, Eurovalls) para que respondieran del crédito que alegaba tener frente a Eurovalls, por importe de 3.066.728,60 €. La demanda se dirigía contra la persona jurídica administradora, Catalana d'Iniciatives SCR de Régimen Común S.A. (en lo sucesivo, Catalana d'Iniciatives), y así mismo [(sic) asimismo] contra la persona física designada por esta para ejercer el cargo en su representación, el D. Alexander.

La demandante Senoicca afirmaba en su demanda que tenía un crédito frente a Eurovalls que derivaba del incumplimiento por esta de tres contratos de arrendamiento, suscritos el 5 de diciembre de 2003, sobre tres naves industriales ubicadas en Vallfogona de Balaguer y en L'Hospitalet de Llobregat.

Eurovalls fue declarada en concurso voluntario por auto de 14 de noviembre de 2007, del Juzgado mercantil de Lleida núm. 1 (concurso nº 216/2007).

La demandante afirmaba en su demanda que se había producido el impago de las rentas desde enero de 2008. No se discute que los contratos fueron resueltos por demanda incidental de la demandante, de la que conoció el juez del concurso, y que, tras una transacción, finalmente, las llaves de las naves de L'Hospitalet se entregaron el 4 de marzo de 2009, y las de la nave de Vallfogona el 20 de octubre de 2009.

Senoicca alegaba en su demanda que en esta última nave se comprobó, tras la entrega de la posesión, que la arrendataria Eurovalls había dejado abandonado un enorme volumen de residuos en cinco fosas, y así mismo [(sic) asimismo] existían daños en las instalaciones. Además, consideraba que Eurovalls ha incumplido el plazo de duración del contrato de arrendamiento referido a esta nave, al no haber completado los diez años de ocupación pactados, por lo que aplica la penalización establecida en la cláusula 2.2 del contrato (las rentas correspondientes al período de vigencia que restaba hasta el décimo año).

Reclamaba concretamente, con base en los dictámenes periciales que aportaba, las siguientes cantidades:

- a) 800.669,39 € (IVA incluido) por rentas devengadas e impagadas;
- b) 76.506,38 € por intereses de demora hasta el día 12 de julio de 2010;
- c) 1.228.850,80 € en concepto de indemnización por el incumplimiento del plazo de duración obligatoria establecido en la cláusula 2.2 del contrato correspondiente a la nave de Vallfogona;
- d) 291.650,50 € en concepto de indemnización por la extracción y gestión de los residuos y por la recuperación del suelo (nave de Vallfogona);
- e) 386.966,97 € en concepto de indemnización por las obras de reparación y renovación y cambio de cerraduras según lo establecido en la cláusula 7.5 del contrato correspondiente a la nave de Vallfogona;
- f) 282.084,56 € en concepto de honorarios de peritos y costas judiciales hasta el día 12 de julio de 2010.

El órgano de administración de Eurovalls es un consejo de administración formado por los siguientes miembros:

- Catalana d'Iniciatives, representada por D. Alexander (presidente)

- Ginesta Inversions Immobiliaries S.L., representada por D. Alexander (vocal), y

- D. Severino (vocal)

La demanda alegaba que existe un entramado de sociedades controladas por el codemandado D. Alexander, a través del cual se había generado el perjuicio a su patrimonio: el socio mayoritario de Eurovalls era Catalana d'Iniciatives, con más del 80 % del capital; Eurovalls era sociedad matriz de Isomat Ibérica Aislamientos para la Construcción S.L. (en lo sucesivo, Isomat), sociedad filial, y entre estas dos sociedades se daba plena confusión de actividad, negocios y patrimonio, bajo el control del D. Alexander.

Los hechos y conductas que en la demanda se alegaban para fundamentar la responsabilidad del administrador social exigida en la demanda eran los siguientes:

i) Confusión de actividad, negocios y patrimonios entre la sociedad matriz Eurovalls y la filial Isomat:

En la contabilidad de Isomat, entre el 31 de octubre de 2005 y el 31 de diciembre de ese año, se registran unos incrementos de fondos propios negativos (1,4 millones) y de pérdidas (1,5 millones), siendo una sociedad que carecía de activo y cuya actividad es la reventa de materiales de construcción.

Eurovalls había concedido préstamos a la filial Isomat en 2005 por 890.292 €, e incluso en 2006, tras la disolución de Isomat el 19 de diciembre de 2005, por 116.940 €. Así mismo [(sic) Asimismo], Eurovalls había avalado obligaciones de Isomat frente a terceros en fecha posterior a la disolución de esta, y este aval no se refleja en las cuentas anuales de Isomat.

Como conclusión señalaba que las abultadas diferencias contables en poco más de seis meses, la generación de tan elevado importe de pérdidas, el desvío de fondos de la matriz a la filial en concepto de préstamos y la concesión del aval, con fraude y falsedad de datos, había desequilibrado el patrimonio de la filial y de la matriz Eurovalls, generando el perjuicio a la demandante.

ii) Ocultación y falsedad de información en la filial Isomat, imputable a Catalana d'Iniciatives, controlada por D. Alexander:

La demanda argumentaba en este apartado que en las cuentas anuales de Isomat de 2005 y 2006 se había ocultado información y se habían incorporado falsedades; tales cuentas habían sido objeto de un informe de auditoría con opinión negativa; aludía a los préstamos indicados realizados en 2005 y 2006 y los calificaba como desvío de fondos del patrimonio de la matriz Eurovalls a la filial Isomat, la cual acordó su disolución el 19 de diciembre de 2005, pero no se había producido la liquidación, y el liquidador designado (desde abril de 2007) era la sociedad matriz, Eurovalls, que

había aprobado su propia gestión. Indicaba también que no se han depositado las cuentas anuales de 2007 y 2008.

iii) Información falseada en Eurovalls:

Alegaba que la administradora Catalana d'Iniciatives, a través del D. Alexander, había ocultado y falseado datos contables de Eurovalls en las cuentas anuales de 2005 y 2006, en síntesis: la fecha de exigibilidad del importe adeudado a "otros acreedores a largo plazo" se había pospuesto un año de modo unilateral; era falsa la declaración negativa acerca de la información medioambiental, ya que la sociedad había generado y abandonado residuos en el terreno de Vallfogona; la información acerca de los residuos ocultaba datos; no se había provisionado ningún importe en materia de medio ambiente; en la memoria no se consignaba el importe global de las garantías comprometidas con terceros, ni recogía el aval concedido a Isomat; no contenía tampoco una descripción de las sociedades filiales que se hallan bajo una misma unidad de decisión; en el activo no constaba un crédito que Eurovalls ostenta frente a un tercero.

iv) Generación y abandono de residuos:

Eurovalls había generado y abandonado residuos en cinco fosas del terreno arrendado en Vallfogona. Los daños causados por este hecho han sido valorados en el dictamen pericial practicado a instancias de la demandante.

v) El Ministerio Fiscal había interesado en el concurso de Eurovalls la calificación de culpable. No obstante, la Audiencia Provincial señaló que la administración concursal del concurso de Eurovalls había solicitado la calificación del concurso como fortuito y la sección sexta fue archivada por decisión judicial.

Por razón de las conductas indicadas, que se imputaban al administrador de Eurovalls (Catalana d'Iniciatives y D. Alexander), la demandante consideraba que concurrían los requisitos para que fuera declarada la responsabilidad de estos demandados de conformidad con el art. 135 TRLSA (actual art. 241 TRLSC).

El daño causado era identificado en la demanda con el perjuicio originado por el incumplimiento del contrato y el abandono de residuos, ascendente a 3.066.728,60 €.

La fundamentación jurídica de la demanda hacía mención a que Eurovalls, debido a la negligente gestión del administrador, estaba en situación de insolvencia y concurso, y que previamente se había producido un vaciamiento patrimonial fraudulento.

- La sentencia de primera instancia cuantificó el importe total del crédito que debía reconocer a la demandante frente a Eurovalls (que fue discutido por los demandados en su procedencia y cuantía) en 445.306,66 €, pues descartó algunas partidas y minoró otras.

El juzgado consideró que de esa deuda de Eurovalls debían responder ambos demandados pues concurrían los requisitos de la acción individual de responsabilidad del art. 135 TRLSA.

El juzgado consideró que el daño acreditado era el impago del crédito. La actuación negligente que daba lugar a ese daño era el incumplimiento de la obligación de gestionar los residuos, el incumplimiento de la obligación de efectuar una provisión en materia de medio ambiente por importe de 291.650,50 € en las cuentas anuales de Eurovalls correspondientes a 2006, las transferencias de fondos (préstamos) a favor de la filial Isomat durante 2005, 2006 y 2007, a sabiendas de que no iban a ser recuperados y sin otro propósito que el de perjudicar a la demandante. Consideró relevante a estos efectos la estrecha vinculación entre Catalana d'Iniciatives, Eurovalls e Isomat.

En cuanto al nexo causal la sentencia de primera instancia indicaba que era evidente la despreocupación y ligereza con que los administradores habían desempeñado su cargo, incumpliendo la obligación de pago de las deudas sociales, y que el abandono de residuos había causado un perjuicio a la demandante, así como la falta de provisión en las cuentas anuales de 2006 para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones medioambientales.

Por último, la sentencia indicaba que las transferencias a Isomat habían causado a la demandante un daño directo pues a partir de mayo de 2007 Eurovalls dejó de pagar las rentas.

- Los demandados apelaron la sentencia para que la demanda fuera íntegramente desestimada. En su recurso, impugnaban tanto la existencia del crédito de Senoicca frente a Eurovalls como la procedencia de declarar la responsabilidad solidaria de los administradores de esta por aplicación del art. 135 TRLSA.

Por su parte, la demandante Senoicca apeló la sentencia para que la demanda fuera estimada en su integridad.

- La Audiencia Provincial estimó el recurso de los demandados y desestimó el de la demandante, pues no concurrían los requisitos necesarios para estimar la acción individual de responsabilidad del administrador social.

De acuerdo con su razonamiento, no se identificaba un acto (acción u omisión) del administrador en cuanto tal, es decir, en calidad de administrador de la sociedad, de acuerdo con las funciones y competencias que la Ley le atribuye en materia de gestión y representación. Esa actuación antijurídica, por negligente o contraria a la diligencia exigible, no admitía la coincidencia con el propio comportamiento, contractual o extracontractual, de la sociedad que ha generado un derecho de crédito a favor del demandante. El daño que se alegaba en la demanda se hacía coincidir con el incumplimiento por Eurovalls de los contratos de arrendamiento y la conducta de abandonar

residuos no tratados, incumpliendo igualmente el contrato o bien ocasionando injustificadamente gastos a la arrendadora. Estas conductas, que traen causa, efectivamente, de unos incumplimientos contractuales, determinaban no ya un daño originado por la actuación del administrador en cuanto tal, sino en su caso el nacimiento de un derecho de crédito a favor de la demandante contra la sociedad. Con ello, declaraba el tribunal de apelación, se confundía el incumplimiento contractual por parte de quien está obligada al cumplimiento (la sociedad) y el cumplimiento de la diligencia y deberes legales exigibles al administrador, confusión que no podía llevar sin más a la conclusión de que el administrador debía responder de la deuda social cuando la sociedad no pagara o no pudiera pagar.

Los incumplimientos contables imputados, de ser ciertos, no serían causa del daño alegado, pues lo sería la insolvencia de Eurovalls. Menos aún los imputados a Isomat.

Respecto del «vaciamiento patrimonial» que se alegaba en la demanda, la Audiencia consideró que se trató de préstamos de la sociedad matriz a la filial, que en todo caso habrían causado daño directo a Eurovalls en la medida en que su patrimonio disminuiría, por lo que podría ejercitarse una acción social, pero no la individual. Además, no había quedado acreditado el ánimo defraudatorio en su realización.

En cuanto a la indemnización de los gastos de extracción de los residuos y recuperación del suelo, se trataría de una deuda de la sociedad, Eurovalls, no de sus administradores. No podía pretenderse que los administradores respondan de las deudas de las sociedades que administran.

Y, por último, respecto de las infracciones de las cuentas anuales, no se explicaba cuál es la relación lógica con el daño alegado.

- La demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal basado en trece motivos y recurso de casación basado en uno.

El recurso extraordinario por infracción procesal ha sido inadmitido, mientras que el recurso de casación ha sido admitido.

SEGUNDO. - Formulación del recurso de casación.

- El único motivo del recurso de casación se encabeza así:

Infracción del art. 135 en relación con los arts. 133 y 127 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas al amparo del art. 477.2.2º LEC.

- Pese a ser un único motivo, su desarrollo ocupa las páginas 76 a 115 del escrito de interposición, con lo que la profusión de los argumentos, muchos de ellos reiterativos, algunos

relativos a cuestiones fácticas (se llegan a transcribir parcialmente algunas pruebas de interrogatorio practicadas en el juicio), dificulta la identificación de la infracción legal denunciada. Pese a ello, se intentará resumir las alegaciones que sustentan el recurso.

En primer lugar, la recurrente insta a este tribunal a realizar la integración del factum, si bien no precisa en qué términos concretos debe realizarse tal integración (pide a la sala que «complete la relación fáctica de la Sentencia de Apelación con la totalidad de los datos acreditados»), aunque en el desarrollo del motivo realiza afirmaciones sobre cuestiones de hecho que contradicen las sentadas en la sentencia recurrida.

La recurrente considera que todas las actuaciones que en la demanda eran consideradas causantes de daños (daños consistentes en el impago de rentas, finalización del arrendamiento antes de transcurrir el plazo previsto para el arrendamiento y devolución de las fincas con daños y residuos) eran imputables a los administradores, pues estos tienen facultades omnicomprendidas y no dieron instrucciones ni realizaron las actuaciones diligentes necesarias para evitar causar los daños cuya indemnización se reclama.

Impugna que la Audiencia haya considerado que la actuación de los administradores no fue fraudulenta ni dolosa, pues alega que su actuación estuvo dirigida con la intención de causar daño a la demandante y que la transferencia de fondos a la filial fue fraudulenta.

La recurrente considera asimismo que existe una relación de causalidad entre dichas conductas y el daño sufrido.

Este daño sería la deuda de la sociedad administrada para con la demandante, que se ha generado por la negligencia de los administradores: ninguno de estos daños existiría si los administradores hubieran actuado de modo diligente. Se trataría de un daño directo a la demandante, pues la actuación de los demandados impidió que la sociedad administrada cumpliera sus obligaciones con la demandante.

TERCERO. - Decisión de la sala. El impago de la deuda por parte de la sociedad no puede equipararse a la causación de un daño directo al acreedor del que sean responsables los administradores.

- Como primera cuestión, la integración del factum (esto es, la integración de los hechos) permite que sean susceptibles de ser considerados en la sentencia a dictar por este tribunal no solo los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, sino también aquellos hechos auxiliares que hayan sido preteridos, siempre que contribuyan a perfilar la aplicación a la cuestión litigiosa del precepto que se cita como infringido y no requieran una nueva valoración de la prueba, entre otros requisitos. Así lo declara la sentencia de esta sala 55/2008, de 8 febrero.

Pero lo que pretende la recurrente no es propiamente la integración del factum, sino una nueva valoración de las pruebas y una alteración del sustrato fáctico en que se asienta la sentencia de la Audiencia Provincial, y ello no es posible en el recurso de casación. Este tribunal ha declarado (sentencia 650/2014, de 27 de noviembre) que la doctrina sobre la integración del factum no debe convertirse en sustento del motivo de casación, que no tolera una alteración de los hechos declarados probados en las instancias o la introducción de otros ajenos ni, en fin, una corrección de la valoración probatoria.

Por tanto, no puede admitirse la modificación de la valoración probatoria hecha por la Audiencia Provincial que pretende la recurrente. En concreto, no puede admitirse la pretensión de que, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida, se considere que los administradores demandados actuaron con la intención de causar daño a la demandante y que actuaron fraudulentamente en la transferencia de fondos a la sociedad filial.

- Hemos declarado de modo reiterado (por todas, las sentencias 253/2016, de 18 de abril, y 472/2016, de 13 de julio, en las que se citan otras muchas anteriores) que la acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 TRLSA, y en la actualidad art. 241 TRLSA), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1.902 del Código Civil. Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo.

Para su apreciación, la jurisprudencia requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

- Con carácter general, no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las

partes que los otorgan, como proclama el art. 1.257 del Código Civil.

De ahí que resulte tan importante, en un supuesto como este, que se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor, y que este daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad.

- No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador: cuando la sociedad resulte deudora por haber incumplido un contrato, haber infringido una obligación legal o haber causado un daño extracontractual, su administrador sería responsable por ser él quien habría infringido la ley o sus deberes inherentes al cargo, entre otros el de diligente administración.

Esta objetivización de la responsabilidad y esta equiparación de incumplimiento contractual de la sociedad con la actuación negligente de su administrador no es correcta, puesto que no resulta de la legislación societaria ni de la jurisprudencia que la desarrolla. Esta sala ha declarado que el impago de las deudas sociales no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. De ahí que este tribunal exija al demandante, además de la prueba del daño, tanto la prueba de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad.

- La recurrente pretende atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales de una sociedad que ha entrado en una situación de insolvencia que impide a sus acreedores cobrar sus deudas. Pero la ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales, ha exigido el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad o solicitar el concurso, y ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC).

En el presente caso, en que los administradores sociales promovieron el concurso de la sociedad administrada y el

concurso fue declarado fortuito, se pretende hacer responsables a los administradores de las deudas sociales, con independencia de cuál es la fecha de la deuda.

- La sentencia recurrida ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos legales cuya infracción se alega.

Quien ha causado el quebranto patrimonial de la demandante, al no pagar las rentas del arrendamiento, no finalizar el periodo pactado para el arrendamiento y no devolver las fincas arrendadas en el estado en que se encontraban cuando se inició el arrendamiento (sin entrar en si se produjeron realmente estos incumplimientos o su alcance), ha sido la sociedad Eurovalls, no sus administradores sociales. El argumento que sustenta la pretensión de la demandante, que si los administradores hubieran dado las instrucciones adecuadas tales daños no se habrían producido, es inconsistente puesto que haría en todo caso responsable a los administradores sociales del pago de las deudas que resultaran impagadas por la sociedad.

Como afirma la sentencia recurrida, la actuación antijurídica, por negligente o contraria a la diligencia exigible, de los administradores no puede consistir en el propio comportamiento, contractual o extracontractual, de la sociedad que ha generado un derecho de crédito a favor del demandante.

- Incluso en el caso de que los administradores sociales no hubieran sido diligentes en la gestión social y hubieran llevado a la sociedad a la insolvencia (por ejemplo, con los préstamos concedidos a la filial), el daño directo se habría causado a la sociedad administrada por ellos, que habría incurrido en pérdidas, no a los acreedores sociales, que solo habrían sufrido el daño de modo indirecto, al no poder cobrar sus créditos de la sociedad. Así pues, los daños sufridos por la demandante no serían daños directos, "primarios", sino reflejos, "secundarios", derivados de la insolvencia de la sociedad Eurovalls.

- Para que el administrador responda frente al socio o frente al acreedor que ejercita una acción individual de responsabilidad del art. 135 TRLSA, es necesario que el patrimonio receptor del daño directo sea el de quien ejercita la acción. Y no es directo, sino indirecto, el daño sufrido por el patrimonio de la sociedad que repercute en los socios o acreedores.

En este sentido, la sentencia 417/2006, de 28 de abril, declaró:

"Y ese daño directo no puede consistir en la insolvencia de la sociedad (Sentencias de 11 de octubre de 1991, de 10 de diciembre de 1996, de 21 de noviembre de 1997), pues, como ha señalado la doctrina, estos preceptos no convierten a los administradores en garantes de la sociedad, a

diferencia de lo que se obtendría de una de las lecturas posibles de la acción ex artículo 262.5 LSA.

La viabilidad de la acción individual de responsabilidad requiere, pues, una lesión directa en los intereses del acreedor reclamante derivado de un acto o acuerdo (o una mera omisión, aunque más difícilmente), y exige la relación de causalidad entre daño y actuación, suponiendo una culpa, aunque bajo la presunción, que puede destruir el afectado (133.3 LSA)".

En caso de que el acreedor haya sufrido daños como consecuencia de la insolvencia de la sociedad deudora, la acción que puede ejercitarse no es por regla general la individual, sino la social, que permite reintegrar el patrimonio de la sociedad.

- Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado, en determinados supuestos, que la imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es un daño directo imputable a los administradores sociales.

Pero para ello es preciso que concurran circunstancias muy excepcionales y cualificadas: sociedades que por la realización de embargos han quedado sin bienes y han desaparecido de hecho, pese a lo cual los administradores, en su nombre, han seguido contrayendo créditos; concertación de servicios económicos por importe muy elevado justo antes de la desaparición de la empresa; desaparición de facto de la sociedad con actuación de los administradores que ha impedido directamente la satisfacción de los créditos de los acreedores; vaciamiento patrimonial fraudulento en beneficio de los administradores o de sociedades o personas con ellos vinculados que imposibilitan directamente el cobro de los créditos contra la sociedad, etc.

- Ninguna de esas circunstancias excepcionales concurre en este supuesto. Como expuso la audiencia en su sentencia, los administradores demandados no actuaron con la intención de causar daño a la demandante, ni los préstamos que Eurovalls hizo a su sociedad filial, Isomat, fueron fraudulentos. Sencillamente, Eurovalls cayó en situación de insolvencia y fue declarada en concurso, que fue declarado fortuito. Como consecuencia de ello, Eurovalls no pudo cumplir sus obligaciones derivadas de los contratos de arrendamiento (continuar en el arrendamiento durante el tiempo pactado, pagar las rentas, retirar los residuos y reparar los desperfectos para entregar las fincas en buen estado a la finalización del arrendamiento).

Ni tales hechos se deben a conductas que puedan imputarse a los administradores, ni la actuación de estos, de haber sido negligente y haber llevado a Eurovalls a la insolvencia, habría causado un daño directo al acreedor, ni existe relación de causalidad entre conductas como las supuestas irregularidades contables y el quebranto patrimonial sufrido

por la demandante por no poder hacer efectivos sus créditos contra la sociedad arrendataria».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2697/2014] DE 8 DE JUNIO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Contratos con condiciones generales. - Préstamo hipotecario: cláusulas suelo. - Efectos de 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: por regla general el juez debe apreciar el carácter abusivo de la cláusula y solo podrá negar ese carácter cuando consten circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente, 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. - Junto al control de incorporación, el control de transparencia exige para las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato 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. - 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.

«D.ª Paulina 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» (...). 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» (...).

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 perjudicarlo 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 euribor 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 euribor a un año, podrían 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 euribor bajara significativamente, los prestatarios apenas podrían beneficiarse de tal bajada, mientras que si el euribor 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 euribor.

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 transcendencia, 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».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2425/2015] DE 4 DE JULIO DE 2017 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Contratos con condiciones generales: efectos de la nulidad de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios. – Recursos pendientes: costas de las instancias: el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las

cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias se impongan al banco demandado. – Voto Particular: la regulación que en el Derecho procesal se hace respecto de la imposición de costas (art. 394.1 LEC) no contradice el principio de efectividad, pues el criterio que sienta es el del vencimiento objetivo, y solo prevé, como excepción, la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho.

«PRIMERO. - Cuestión que justifica un pronunciamiento del pleno de los magistrados de la sala.

Como resulta de la providencia de 24 de mayo del corriente año, la cuestión jurídica que motivó la avocación del presente recurso de casación al pleno de los magistrados de la sala es la relativa a las costas de las instancias para el caso de que proceda estimar el recurso y casar la sentencia impugnada, ya que resulta imprescindible la adopción de un criterio uniforme sobre esta cuestión para todos los recursos pendientes en materia de cláusulas suelo, sin perjuicio de que alguno de ellos pueda presentar peculiaridades propias que justifiquen otra decisión.

No obstante, como quiera que el banco demandado-recurrido, al oponerse al recurso de casación, ha pedido con carácter principal la desestimación del recurso por inadmisión, reiterando las razones aducidas en su escrito de personación ante esta sala, hay que pronunciarse en primer lugar sobre la estimación o desestimación del recurso.

SEGUNDO. - Motivo único de casación y causas de inadmisión alegadas por la parte recurrida. El único motivo del recurso se funda en infracción de los arts. 1303 del Código Civil y 9.3 de la Constitución, y su interés casacional se justifica por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial representada por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 y contradicción de la doctrina de la sentencia de esta sala de 25 de marzo de 2015 con el Derecho de la Unión, especialmente con la Directiva 93/13 /CEE y el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas según la jurisprudencia del TJUE que se expone en el desarrollo del motivo.

Las causas de inadmisión alegadas por el banco recurrido para interesar la desestimación del recurso son, conforme al escrito de oposición y su remisión al escrito de personación, las siguientes: «Falta de expresión por la parte recurrente en el encabezamiento del recurso de cuál es el elemento, entre los que pueden integrar el interés casacional, en el que se funda la admisibilidad del recurso. Falta de indicación de la jurisprudencia que solicita se declara infringida (art. 481.1 LEC). Falta de aportación del texto de las sentencias en las que la actora pretende apoyar la existencia de interés casacional. Fundamentación del recurso en infracciones que no se identifican debidamente en el encabezamiento o formulación del motivo. Acumulación en un solo motivo de normas de carácter heterogéneo. Falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 de la LEC)».

TERCERO. - Decisión de la sala: admisibilidad y estimación del recurso de casación y confirmación de la sentencia de primera instancia.

Pese a la batería de causas de inadmisión alegadas por el banco recurrido, no procede apreciar ninguna de ellas. El art. 1303 CC, citado como primera norma infringida en el encabezamiento del motivo, es el directamente aplicable para decidir la cuestión sustantiva controvertida, es decir, los efectos de la nulidad de la cláusula suelo; el art. 9.3 de la Constitución, segunda y última norma citada como infringida, garantiza la seguridad jurídica y por tanto su cita, aunque habría podido omitirse sin por ello afectar al interés casacional del recurso, no oscurece la cuestión jurídica planteada; las sentencias de esta sala de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 sobre cláusulas suelo son tan conocidas (SSTS 241/13 y 139/2015 respectivamente) que inadmitir el recurso por no acompañarse copia de las mismas habría vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva; y, en fin, la claridad de la cuestión jurídica planteada y lo que pretende el recurrente, esto es, que los efectos de la nulidad tengan el alcance acordado por la sentencia de primera instancia y por tanto sin el límite temporal establecido por la sentencia de segunda instancia, es tanta que, en verdad, resultan manifiestamente infundadas las alegaciones del banco recurrido que, de una u otra forma, cuestionan la «claridad expositiva» del recurso y la identificación de la norma o normas infringidas o de la jurisprudencia que el recurrente interesa de esta sala.

En definitiva, como en la sentencia 248/2017, de 20 de abril, sobre un recurso similar cuya desestimación por inadmisión también pidió la entidad entonces recurrida, la alegación de inadmisibilidad «debe desestimarse, porque el interés casacional es manifiesto, a la vista de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, acogida por esta sala en los términos que se expondrán más adelante».

En consecuencia, rechazados los óbices de inadmisibilidad propuestos por el banco recurrido como razones únicas para interesar la desestimación del recurso, procede acordar la estimación de su único motivo porque, conforme a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), la limitación temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, razón por la que esta sala, a partir de su sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero, ha ajustado su jurisprudencia a lo resuelto por el TJUE, lo que necesariamente determina que el art. 1303 CC, norma citada en el motivo como infringida, deba interpretarse y aplicarse, en materia de consumidores comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, conforme a la doctrina del TJUE, así como que carezca ya de objeto la petición del recurrente de que esta sola plantee cuestión prejudicial al TJUE.

A su vez, la casación de la sentencia recurrida comporta la desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por el banco demandado, la confirmación de la sentencia

de primera instancia, la no imposición a ninguna de las partes de las costas del recurso de casación (art. 398.2 LEC) y la devolución al recurrente del depósito constituido (d. adicional 15.ª.8 LOPJ)

CUARTO. - Costas de las instancias. Planteamiento y petición de la parte recurrida.

El banco recurrido ha interesado, para el caso de que el recurso no fuera desestimado por inadmisión, que no se le impongan las costas de primera y segunda instancia. Las razones que aduce son, en esencia, que tanto al contestar a la demanda como al celebrarse la audiencia previa y el juicio y al interponer su recurso de apelación, los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo planteaban serias dudas de derecho y, además, habían sido objeto de fijación de doctrina jurisprudencial por esta sala en el sentido de limitar tales efectos a mayo de 2013. En apoyo de sus razones invoca los arts. 394 y 398 LEC y el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en concreto el apdo. 3.2 cuando prevé que «el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas».

QUINTO. - Decisión de la sala. Interpretación de los arts. 394 y 398 LEC conforme al principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y efectividad. Imposición de las costas al demandado.

Esta sala, al estimar después de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 recursos de casación similares al presente, ya se ha pronunciado sobre las costas de las instancias, y lo ha hecho imponiéndoselas a la parte demandada, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, para las costas de segunda instancia, y conforme al art. 394.1 LEC para las de primera instancia, si bien en el caso de estas últimas la condena resultaba de la confirmación de la sentencia de primera instancia no impugnada especialmente sobre este punto en apelación (sentencias 247/2017, 248/2017, 249/2017, las tres de 20 de abril, 314/2017, de 18 de mayo, y 357/2017, de 6 de junio, entre otras). No obstante, en ninguno de esos casos la parte recurrida en casación había planteado con una mínima claridad que su petición de no imposición de costas se refiriera a las de las instancias, que serían las problemáticas puesto que ninguna duda cabe de que la estimación del recurso de casación comporta, según el art. 398.2 LEC, que no se condene a ninguna de las partes litigantes en las costas del propio recurso de casación.

En el presente caso, en cambio, la parte recurrida, demandada y apelante en las instancias, sí ha planteado la cuestión con claridad, proponiendo que, en lugar de la regla general del vencimiento (art. 394.1, párrafo primero, LEC, aplicable a las costas de primera instancia y también, por remisión del art. 398.1 LEC, a las de segunda instancia), se aplique la salvedad contenida en el mismo párrafo del apdo. 1 del art. 394 en relación con el segundo párrafo del mismo

apartado; es decir, que no se le impongan las costas de las instancias por presentar el caso, desde que contestó a la demanda hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, serias dudas de derecho sobre el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo.

La tesis del banco demandado no carece de fundamento porque, ciertamente, el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal prevé que el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial pueda tomarse en consideración para resolver sobre las costas. Este carácter sobrevenido se valoró, incluso, en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, que fue la primera por la que ajustó la doctrina jurisprudencial a la de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, para no imponer las costas del recurso de casación, pese a su desestimación, al banco recurrente.

Sin embargo, en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, debido a la estimación del recurso de casación del demandante, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13).

A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, Olimpiclub). El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía pendiente de sentencia firme sino sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo, también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del

consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a lo ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios. En cuanto al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 hace las siguientes consideraciones:

«53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

»54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales, que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44).

»55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C- 618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

»56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai , C,-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 78). [...]

»61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.»

Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las

costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado.

Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interés subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala,

cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. José Antonio Seijas Quintana, D. Ignacio Sancho Gargallo y D. Eduardo Baena Ruiz, al amparo de lo previsto en los arts. 206 y 260 LOPJ y 203 y 205 LEC.

Se acepta la anterior sentencia, de la que únicamente se discrepa en la decisión sobre la condena a la parte demandada de las costas causadas en las instancias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes

Para mejor inteligencia del voto particular vamos a detenernos en el resumen de antecedentes de la cuestión sobre la que éste recae, a pesar de que pueda ser reiterativo del recogido en la sentencia.

1.- El demandante Plácido formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad La Caixa (actualmente, Caixabank S.A.), en la que solicitaba que se dictase sentencia que:

«(i) Declare nula de pleno derecho por abusiva la cláusula suelo/techo en la estipulación Tercera Bis 3 del contrato de préstamo hipotecario que es objeto de la demanda, suscrito por el demandante el 30 de enero de 2009, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4,00% y de techo del 9,50 fijado en aquella. Consecuentemente tal declaración conllevará necesariamente la eliminación de dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario y su inaplicabilidad en el futuro.

(ii) Se condene a la demandada Caja a reintegrar y a la devolución al demandante de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido, condenando a la demandada a reintegrar al demandante todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

(iii) Se condene en costas a la demandada.»

2.- El juzgado de lo mercantil estimó íntegramente la demanda en los términos solicitados.

Razonó, en lo ahora relevante, que, en el alcance de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula, esto es, los efectos de la declaración de ineficacia de la cláusula, no era de aplicación la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013, pues en ésta se ejerció una acción colectiva y en la aquí enjuiciada una acción individual, que son distintas y con régimen jurídico diverso.

3.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección primera de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó sentencia el 4 de junio de 2015. En ella estimó parcialmente el recurso. Confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula, pero la revocó en el sentido de que la condena de devolución de los intereses percibidos como efecto de la cláusula suelo se limitaba a los percibidos desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. Y no hizo expresa condena en costas.

4.- La revocación mencionada, causa del presente recurso de casación, se fundó en la sentencia de Pleno de esta sala de 25 de marzo de 2015 que fijó como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

5.- La representación procesal del demandante interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional. Justifica tal interés en la oposición de la sentencia recurrida a la sentencia de Pleno de esta sala de 9 de mayo de 2013, y en la existencia de contradicción con el Derecho de la Unión Europea.

6.- Articula un único motivo al amparo del art. 1303 CC y 9.3 CE, aplicables para resolver las cuestiones del proceso. En el desarrollo del motivo alega que, en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, procede, tras la declaración de nulidad, la devolución íntegra de las cantidades percibidas, conforme al art. 1303 CC y al principio de no vinculación de las cláusulas abusivas, recogido en la Directiva 13/93 e interpretado por la jurisprudencia del TJUE. Esta vinculación debe ser incondicional y absoluta, y, en consecuencia, no pueden graduarse y limitarse en el tiempo los efectos restitutorios, limitación que de admitirse tampoco permitiría la virtualidad del efecto disuasorio frente a las prácticas abusivas.

7.- Más adelante se dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre una

cuestión prejudicial que constituye objeto del litigio y del presente recurso.

8.- La sala dictó auto el 25 de enero de 2017 en el que acordó admitir el recurso de casación, dar traslado a la parte recurrida para formalizar por escrito su oposición al recurso en el plazo de veinte días, y en ese mismo plazo se concedió a las partes que pudiesen hacer alegaciones sobre los efectos de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

9.- La parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, de fecha de 24 de febrero de 2017, solicitó la desestimación del recurso de casación por concurrir causa de inadmisión, y para el supuesto de que no se apreciaran las causas de inadmisión, no formula oposición al recurso y solicita la revocación de la sentencia recurrida. Sin embargo, también solicita que no se le impongan las costas de ninguna de las instancias. Y ello, según argumenta, porque en el momento de presentar la contestación a la demanda en fecha 18 de febrero de 2014, la celebración de la audiencia previa el día 21 de mayo de 2014, en el acto de juicio celebrado en fecha 18 de septiembre de 2014, y en el momento de interposición del recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, en fecha 4 de diciembre de 2014, los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula suelo planteaba serias dudas de derecho y, además había sido objeto de fijación de doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo en el sentido de limitar tales efectos a mayo de 2013. En este sentido, el pronunciamiento de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava que resolvió el recurso de apelación, era conforme con la jurisprudencia entonces existente. Fue con posterioridad a la formulación del recurso, cuando la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo) provocó un cambio de jurisprudencia. En este sentido, cuando existe un cambio sobrevenido de jurisprudencia, el propio Tribunal Supremo lo ha considerado un factor a tener en cuenta para resolver sobre las costas. En concreto, en el apartado 3.2 de la página 13 del nuevo acuerdo, se establece literalmente: «El carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas».

10.- Precisamente en esa fecha, 24 de febrero de 2017, se dictó la sentencia de Pleno 123/2017, por la que se procedió a modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, en aplicación de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

SEGUNDO. - Como la estimación del recurso de casación lleva aparejada la desestimación total del recurso de apelación interpuesto en su día por la parte recurrida, así como la estimación de la demanda que se formuló en su contra, lo que pretende Caixabank, a la par que no se opone al recurso de casación, es que no se le haga expresa condena en costas, en atención a las serias dudas de derecho que existían respecto a la cuestión controvertida.

TERCERO. - La inaplicación del principio de vencimiento objetivo en caso de cambio sobrevenido de jurisprudencia

1.- Cuando la parte demandante formuló la presente demanda y la sentencia de primera instancia decidió sobre la denominada «irretroactividad», esto es, sobre el alcance de la ineficacia de la cláusula suelo, reconoció las discrepancias surgidas en atención a los términos en los que el Tribunal Supremo se expresa en la sentencia de 9 de mayo de 2013. En esta sentencia se decidió sobre una acción colectiva y no individual y esa distinción fue foco de discrepancias por los tribunales a la hora de resolver sobre la cuestión, esto es, cuando la acción ejercitada sea individual y no colectiva. Decidió sobre tales discrepancias la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015. Pero tanto cuando la parte demandada contestó a la demanda formulada en su contra, como cuando interpuso el recurso de apelación, no se había dictado la sentencia de Pleno antes citada. Por tanto, existían serias dudas de derecho respecto a la cuestión controvertida.

2.- La sentencia de 10 de diciembre de 2010 afirma que: «El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 394.1, primer inciso, LEC, se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones. Esta previsión tiene su precedente inmediato en el artículo 523, I LEC 1881 -en el que se contemplaba la facultad de juez de apreciar circunstancias excepcionales que justificaran la no-imposición de costas- y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado (STS 14 de septiembre de 2007, RC n.º 4306/2000). Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de 2009; 10 de febrero de 2010), discrecional, aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes».

La referencia contenida en párrafo segundo del art. 394.1 LEC a la jurisprudencia, puede alcanzar también al criterio seguido por las Audiencias Provinciales en aquellos asuntos en los que no existe propiamente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3. - En otras ocasiones en que concurrían circunstancias como las expuestas, la sala ha decidido no hacer expresa condena en costas y usar la facultad que concede al tribunal el art. 394.1 LEC (sentencias 652/2016, de 4 de noviembre; 180/2017, de 13 de marzo; 190/2017, de 15 de marzo; y 227/2017 de 6 de abril).

La sala se ha acogido a esta excepción del principio de vencimiento objetivo, cuando acababa de resolver dudas sobre la interpretación de normas o de reglas jurídicas (sentencia 435/2015 de 10 de septiembre, 543/2015 de 20 de octubre). También cuando no existía jurisprudencia

(sobre si lo decidido en el enjuiciamiento de una acción colectiva era de aplicación al decidir sobre una acción individual), y como consecuencia había discrepancia entre audiencias provinciales (sentencia 720/2016 de 1 de diciembre, y 198/2017 de 23 de marzo). En este sentido, la sentencia 329/2015, de 8 de junio, razona para no imponer las costas a ninguna de las partes, que se habían interpuesto los recursos antes de que esta sala fijara doctrina sobre la materia, que sería el caso presente en los términos cronológicos que hemos relatado, pues la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015 fue posterior.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la decisión del recurso y sus consecuencias sobre las sentencias dictadas en las instancias, viene propiciada por una doctrina jurisprudencial sobrevenida, que es la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, lo que indudablemente ha de tomarse en consideración para resolver sobre las costas por concurrir serias dudas de derecho.

4.- Constituye una exigencia derivada de la seguridad jurídica, principio amparado por el art. 9 CE, que las resoluciones judiciales sean predecibles. De ahí la necesidad de unificar doctrina para que, tanto los justiciables como los profesionales del derecho, sepan a qué atenerse, sin perjuicio de la legítima crítica que pueda hacerse de las decisiones de los tribunales y de la doctrina unificada. A esta exigencia se acomodó, en el presente supuesto, la Audiencia que dictó la sentencia recurrida. Concedora de la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, que zanjaba las discrepancias entre audiencias provinciales sobre la aplicación retroactiva de la ineficacia de una cláusula suelo como consecuencia de no pasar el control de transparencia, la aplicó, a fin de ser predecible en su decisión y ofrecer seguridad jurídica.

CUARTO. - No afectación del principio de efectividad

1.- La particularidad del supuesto enjuiciado recae en que la parte demandante es un consumidor, y la tesis que sostenemos conlleva que debería soportar los gastos judiciales ocasionados en la defensa de su derecho. Aunque pudiera parecer que este criterio contraría el principio de efectividad, por el que no se puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE, no es así.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE recogida en la sentencia de 27 de junio de 2013 (asunto ET Agroconsulting-04, C-93/12), «la cuestión de si una disposición procesal nacional hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los particulares debe apreciarse teniendo en cuenta, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional de que se trate, como pueden ser la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento».

La propia sentencia Gutiérrez Naranjo reconoce la prevalencia a la seguridad jurídica, al advertir que la protección del consumidor no es absoluta, tiene ciertos límites, entre los que resalta la cosa juzgada.

2.- La regulación que en nuestro derecho procesal se hace respecto de la imposición de costas, en concreto el art. 394.1 LEC, no contradice el principio de efectividad, pues el criterio que sienta es el del vencimiento objetivo. Solo prevé, como excepción, la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho.

Según la interpretación de la sala, ya citada, esa excepción se configura como una facultad discrecional del tribunal, que ha de estar suficientemente motivada. En su caso, la contradicción del principio de efectividad podría recaer en atención a la motivación empleada (las razones de la justificación) para la no imposición de las costas, pero no en esta posibilidad. Cuando está en juego la tutela de los consumidores es lógico que se haga un uso más restrictivo de esta excepción al vencimiento objetivo, y la motivación que emplee para justificarlo debería de ser más reforzada respecto de otros supuestos en que no sean consumidores los afectados por tal decisión. Lo que exige, pues, el principio de efectividad del Derecho de la Unión, por verse afectados consumidores, es una aplicación más restrictiva de la facultad prevista en el inciso segundo del art. 394.1 LEC, y una motivación más exigente y rigurosa.

3.- En el supuesto ahora enjuiciado, no se considera infringido el citado principio de efectividad, si se tienen en cuenta las circunstancias acaecidas en el iter procesal, que cronológicamente hemos relatado. Esas circunstancias son, a nuestro juicio, sustanciales y relevantes, porque tanto el tribunal de apelación como la parte demandada han confiado en la doctrina de la sala. La decisión de aquel y la defensa de esta se han guiado por la seguridad jurídica que ofrecía dicha doctrina y, por ende, lo predecible de la resolución final.

4.- Tampoco cabe reprochar desidia a la parte demandada, por no hacer frente a sus obligaciones a raíz de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. En primer lugar, porque la demandada era parte recurrida en casación, y tras la reseñada STJUE, esta sala le dio audiencia para que informara lo que estimara oportuno, y fue al contestar a este trámite cuando manifestó que no se oponía al recurso, pero pedía que no se le impusieran las costas. Es lógico que esperara a la resolución de la sala estimatoria del recurso, que dejaría sin efecto la sentencia de instancia, para dar inmediato cumplimiento y devolver las cantidades correspondientes. En segundo lugar, porque la sala acomodó su doctrina a esa sentencia del TJUE el día 24 de febrero de 2017 (sentencia de Pleno 123/2017), que coincide con el mismo día en que Caixabank presentó sus alegaciones, y por eso sin conocer todavía lo decidido por la sala, aunque fuera predecible.

QUINTO. - Consecuencia sobre el fallo de la sentencia

La consecuencia de lo anterior sería la no imposición de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, que ha resultado desestimado como consecuencia de la estimación del recurso de casación, ni tampoco las causadas en primera instancia, aunque haya resultado estimada la demanda, por existir en ambos casos serias dudas de derecho».