



Roj: **STS 791/2022 - ECLI:ES:TS:2022:791**

Id Cendoj: **28079110012022100176**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2022**

Nº de Recurso: **1265/2018**

Nº de Resolución: **166/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 166/2022

Fecha de sentencia: 01/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1265/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 1265/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 166/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 1 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 16/2018, de 25 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 687/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada, sobre cláusula suelo.



Es parte recurrente D. Damaso y D.^a Sonia, representada por el procurador José Carlos García Rodríguez y bajo la dirección letrada de D.^a Carmen Manzano Espinosa.

Es parte recurrida Bankia, S.A., representada por la procuradora D.^a Isabel Afonso Rodríguez y bajo la dirección letrada de D.^a Ana Isabel Fernández García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Esther Ortega Naranjo, en nombre y representación de D. Damaso y D.^a Sonia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Mare Nostrum, S.A., en la que solicitaba se dicte sentencia por la que se declare:

"1º. La NULIDAD DEL PUNTO SEGUNDO de la ESCRITURAS DE MODIFICACION PARCIAL DE PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA de fecha 14 de Marzo de 2005 con Protocolo nº 1684, suscritas entre CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA (actualmente BMN), que recoge el derecho de la caja a exigir en concepto de INTERESES, como mínimo, al 3,00 por ciento nominal anual y un máximo del 14,00 por ciento nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca, por ser la misma abusiva y desproporcionada, manteniéndose la vigencia del resto del contrato.

"2º. Se condene a BANCO MARE NOSTRUM S.A. a devolver LAS CANTIDADES PAGADAS EN EXCESO POR LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA SUELO, procediendo al recálculo de los intereses y devolución de los mismos desde la revisión del tipo de interés del mes de marzo de 2009.

"3º. Se declare la NULIDAD DE LA CLAUSULA INTERESES DE DEMORA contenida en la ESCRITURA DE PRESTAMO HIPOTECARIO de fecha 25 de febrero de 2003, en el APARTADO H) dentro de la ESTIPULACIONES PRIMERA, relativa a las CLAUSULAS FINANCIERAS.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 24 de mayo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Granada, fue registrada con el nº 687/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María José Jiménez Hoces, en representación de Banco Mare Nostrum, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Granada dictó sentencia nº 104/2017, de 7 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando como estimo íntegramente el suplico de la demanda presentada por la Procuradora SUSANA CAMARERO PRIETO, actuando en nombre y representación de Higinio, contra BMN S.A., representado por el Procurador MARÍA JOSÉ GARCÍA CARRASCO, debo:

"1.- Declarar y declaro la nulidad del punto segundo de la escritura de modificación parcial de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de marzo de 2005, con protocolo nº 1684, suscritas entre Caja General de Ahorros de Granada (actualmente BMN), que recoge el derecho de la Caja a exigir en concepto de intereses, como mínimo al 3% nominal anual y un máximo del 14% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca, por ser la misma abusiva y desproporcionada, manteniéndose la vigencia del resto del contrato.

"2.- Condenar y condeno a BMN a devolver las cantidades pagadas en exceso por la aplicación de la cláusula suelo, procediendo al recálculo de los intereses y devolución de los mismos desde la revisión del tipo de interés del mes de marzo de 2009.

"3.- Declarar y declaro la nulidad de la cláusula de intereses de demora contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 25 de febrero de 2003, en el apartado H), dentro de la estipulación primera, relativa a cláusulas financieras.

" Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

Con fecha 14 de junio de 2017 se dictó auto aclaratorio de la anterior sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que debo aclarar la sentencia dictada en fecha 7 de junio de 2017, en el sentido de rectificar el fallo de la misma, de forma que donde dice "Que estimando como estimo íntegramente el suplico de la demanda



presentada por la Procuradora SUSANA CAMARERO PRIETO, actuando en nombre y representación de Higinio , contra BMN S.A., representado por el Procurador MARÍA JOSÉ GARCÍA CARRASCO ...", debe decir: "Que estimando como estimo íntegramente el suplico de la demanda presentada por la Procuradora ESTHER ORTEGA NARANJO, actuando en nombre y representación de Damaso y Sonia , contra BMN S.A., representado por el Procurador MARÍA JOSÉ GARCÍA CARRASCO ... ". Permaneciendo invariables los demás pronunciamientos dictados en la misma".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Mare Nostrum, S.A. La representación de D. Damaso y D.^a Sonia se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 568/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 16/2018, de 25 de enero, cuyo fallo dispone:

"Estimamos el recurso de apelación presentado por Banco Mare Nostrum, S.A., y revocando la sentencia de 7 de junio de 2017, dictada en el juicio ordinario n.º 687/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada, desestimamos la demanda presentada por don Damaso y doña Sonia , condenándoles al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena por las costas del recurso y la devolución del depósito constituido".

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

1.- La procuradora D.^a Esther Ortega Naranjo, en representación de D. Damaso y D.^a Sonia , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- [...] al amparo del art. 477.1.2.3º LEC por interés casacional, se infringen los arts. 2, 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), en relación con los arts. 82.1 y 84 de la misma Ley, y la jurisprudencia que los interpreta, en concreto:

"1.-La sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Civil de fecha 18/01/2017, n.º de recurso 2272/2014 y n.º de resolución 30/2017 [...]

"2.- Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Civil de fecha 05 de abril de 2017 n.º de recurso 2783/2014, número de resolución 224/2017 [...]

"Segundo.- [...] al amparo de los dispuesto en el número 3º del apartado 2 de art. 477 LEC, por infracción del artículo 1 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (a partir de ahora TR LGDCU), en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia, en cuanto a la legalidad) el art.8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de las condiciones generales de la contratación artículo 3.1 Directiva 13/1993, presentando interés casacional, con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en:

" 1.- Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1 de fecha 24/11/2017, n" de recurso 514/2015 y n.º de resolución 643/2017 [...]

" 2.- Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1 de fecha 17/01/2018, n.º de recurso 1412/2015 y n.º de resolución 24/2018 [...]."

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de julio de 2021, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Bankia, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*



Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia.

1.- El 25 de febrero de 2003, la promotora "Construcciones Antonio Gutiérrez Fernández e hijos, S.L.", como prestataria, y Caja General de Ahorros de Granada (después, Banco Mare Nostrum - BMN -), como prestamista, suscribieron una escritura de préstamo hipotecario por un importe de 2.474.930 euros. La finalidad del préstamo era la financiación de una promoción inmobiliaria.

En el otorgamiento de la escritura intervino en representación de la promotora D. Serafin , como apoderado. Además, intervinieron también en nombre **propio**, D. Damaso (hijo del citado apoderado) y su esposa D.ª Sonia , en concepto de fiadores del préstamo concedido a la promotora.

D. Damaso es socio de la prestataria, ostentando un 10% del capital social.

2.- En la referida escritura de préstamo con garantía hipotecaria inicialmente concedida al promotor/vendedor se hacía constar que, en el momento de hacerse la subrogación en el préstamo hipotecario por parte del adquirente, éste debía optar de forma expresa, en la escritura de compraventa con subrogación, por el plazo de amortización en dicho préstamo y por el tipo de interés. Además, se establecía como tipo de interés de demora el resultante de incrementar en seis puntos el tipo de interés ordinario, sin que pudiera superar el 20% anual.

3.- El 14 de marzo de 2005, los **demandantes**, Sres. Damaso y Sonia , formalizaron en escritura pública junto con la promotora citada un contrato de compraventa con subrogación hipotecaria, por el que los primeros adquirirían con carácter ganancial una vivienda y plaza de garaje en el edificio gravado por la citada hipoteca. En cumplimiento de la previsión contractual contenida del préstamo hipotecario, en la estipulación quinta de la escritura de compraventa y subrogación, los compradores manifestaron la siguiente opción:

"Respecto del tipo de interés: El tipo de interés VARIABLE anualmente, utilizando como referencia el tipo medio al que se ofrezcan depósitos interbancarios en Euros a plazo de un año que publique en el BOE el Banco de España el mes anterior en el que tenga lugar la subrogación. Dicha referencial, sin efectuar conversión alguna, se la añadirá un margen diferencial de 1,00 punto porcentual.

"En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 4,25 por ciento nominal anual, y un máximo del 14,00 por ciento nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca".

4.- En la misma fecha de otorgamiento de esta escritura, los **demandantes** y la Caja General de Ahorros de Granada (después Banco Mare Nostrum) suscribieron otra escritura de modificación parcial del préstamo hipotecario, en cuya primera segunda pactaron un nuevo tipo de interés en los siguientes términos:

"A partir de la firma de esta escritura de MODIFICACIÓN, devengará el 3,15 por ciento nominal anual, fijo e invariable durante el primer año, sobre el saldo del préstamo, liquidable por MESES vencidos.

"Durante el resto del plazo, el interés aplicable será VARIABLE, al alza o a la baja, fijándose el tipo básico de referencia, al tipo MEDIO AL QUE SE OFREZCAN DEPÓSITOS INTERBANCARIOS EN EUROS A PLAZO DE UN AÑOS QUE PUBLIQUE EN EL BOE EL BANCO DE ESPAÑA, EL MES ANTERIOR AL VENCIMIENTO DE CADA ANUALIDAD. A dicho referencial sin efectuar conversión alguna y sin redondeo, se le añadirá un MARGEN diferencial de 0,75 puntos porcentuales. [...]".

Además, se añadía la siguiente cláusula suelo/techo de limitación a la variabilidad de los intereses:

"En cualquier caso, y a partir de la primera revisión, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,00 por ciento nominal anual y un máximo del 14,00 por ciento nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca".

5.- Los Sres. Damaso y Sonia interpusieron una demanda contra BMN en la que solicitaban la declaración de nulidad de la transcrita cláusula suelo/techo contenida en la escritura de modificación parcial del préstamo hipotecario, y la condena a BMN a la devolución de las cantidades pagadas en exceso por aplicación de la cláusula suelo. Además, se pedía la declaración de nulidad de la cláusula del interés de demora incluida en el préstamo al promotor en que se subrogaron.

6.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la citada cláusula suelo, condenó a BMN a la devolución de las cantidades pagadas en exceso y declaró también la nulidad de la cláusula del interés de demora. En síntesis, consideró que los **demandantes** tenían la condición legal de consumidores, que la cláusula suelo no fue negociada, que no hubo oferta vinculante y que los **demandantes** no tuvieron información previa suficiente. Además, consideró que la cláusula del interés de demora (resultante de incrementar en seis puntos porcentuales el interés ordinario con un máximo del veinte por ciento) era abusiva.



7.- El banco apeló la sentencia en cuanto al pronunciamiento de nulidad de la cláusula suelo/techo y correlativa condena restitutoria, y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que los **demandantes** no tenían la condición legal de consumidores, conclusión que razona así:

"En la demanda la parte actora se limita a explicar que si bien compró la vivienda y la plaza de aparcamiento a la promotora Construcciones Antonio Gutiérrez Fernández e Hijos, S.L., a quien la entonces Caja General de Ahorros de Granada le concedió el 25 de febrero de 2003 un préstamo a la construcción por un importe cercano a los dos millones y medio de euros, la intervención del actor en esta escritura de préstamo hipotecario lo fue por el hecho de ser un "simple socio" de la empresa constructora-promotora, con un porcentaje de participación del 10%, sin que negociara él las cláusulas contenidas en este préstamo a la promoción, al carecer de funciones de administración o decisión en la empresa; para resaltar que esta escritura de 25 de febrero de 2003 -en cuyo préstamo se subrogaron parcialmente y en exclusiva con la compra de una de las viviendas el 14 de marzo de 2005-, no les fueron exhibidas por la Caja en ningún momento, desconociendo su contenido y cómo les afectaba como consumidores, siendo a raíz de la presentación de esta demanda cuando requirieron a la empresa constructora, en la persona de don Serafín (representante y apoderado y padre del actor), para que les proporcionara una copia de las mismas.

"Y atendiendo a estas alegaciones debemos destacar, en primer lugar, que la parte actora no acredita ni quién es o ha sido el representante legal de la empresa constructora, ni en el momento en que Caja General de Granada les concedió el préstamo, ni a la fecha de la venta de la vivienda adquirida por el actor, ni a la interposición de la demanda y tampoco ha acreditado que su participación en la mercantil sea del 10%, carga de la prueba que le corresponde de conformidad con el art. 217 de la LEC.

"En segundo lugar, la intervención del actor en la escritura de préstamo hipotecario concedido a la promotora el 25 de febrero de 2003, no lo fue por "ser simple socio de la empresa", por el contrario, del documento nº 3 de la demanda podemos conocer que don Damaso y su hermano Avelino, intervienen cada uno de ellos en su **propio** nombre, como avalistas solidarios de la operación, junto con sus padres (fol. 45); en consecuencia, el actor al suscribir este contrato respondía personalmente de los cerca de dos millones y medio de euros a que ascendía el préstamo concedido por la Caja para la promoción y construcción de un edificio en Granada, PLAZA000 nº NUM000, donde ya se estableció el mínimo para el comprador del 4,25% anual. En consecuencia, la entidad financiera no venía obligada a entregarles copia de la escritura de préstamo al promotor ni de informarles de su contenido pues el actor intervino personalmente como avalista solidario de la operación".

A continuación, en atención a lo anterior, concluye que no resulta procedente aplicar en el caso el régimen legal tuitivo de los consumidores, por lo que "debe rechazarse la demanda sustentada en abusividad de la cláusulas del contrato de préstamo y en especial la falta de transparencia de la cláusula suelo, pues el actor intervino en el contrato de préstamo hipotecario suscrito para la promoción de viviendas como avalista al ser socio de la sociedad mercantil, préstamo del que respondía solidariamente y al adjudicarse una de las viviendas construidas con este préstamo, continuó en la relación contractual ya no como avalista solidario sino como prestatario único de cerca de cien mil de los dos millones y medio de euros de los que respondía inicialmente".

8.- Los Sres. Damaso y Sonia han interpuesto un recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, basado en dos motivos que ha sido admitido.

SEGUNDO. - *Recurso de casación. Formulación del primer motivo*

1.- El primer motivo denuncia infracción de los arts. 2, 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), en relación con los arts. 82.1 y 84 de la misma Ley.

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia relativa a la condición legal de consumidores, con cita de las sentencias de esta Sala 30/2017, de 18 de enero, y 224/2017, de 5 de abril. Alegan, en síntesis, que los **demandantes** actuaron como consumidores ya que el préstamo era para la adquisición de su vivienda habitual al margen de cualquier actividad profesional o empresarial, y que D.ª Sonia no tiene nada que ver con la empresa constructora, ni como socia ni como avalista del préstamo promotor.

TERCERO. - *Decisión del tribunal: el carácter no profesional de la actuación de los **demandantes** en el préstamo. Aplicabilidad del **estatuto propio** de los consumidores.*

1.- La Ley de Consumidores de 1984 consideraba como tales a quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Posteriormente, el art. 3 TRLCU matizó tal concepto, al afirmar que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".



2.- Ambas definiciones, que no son excluyentes puesto que giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial (sentencias 232/2021, de 29 de abril, y 693/2021, de 11 de octubre), deben ser interpretadas a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE. Como hemos declarado en las sentencias 533/2019, de 10 de octubre, 12/2020, de 15 de enero, y 808/2021, de 23 de noviembre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen*), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16 , EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16 , EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C- 269/95, apartado 17)".

3.- En el mismo sentido, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso *Costea*) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación. Posición reiterada en los autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 , *Tarcău*), 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15 , *Dimitras*) y 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16 , *Bachman*).

Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus más recientes resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero, entre otras.

4.- En el caso de la litis, el contrato de compraventa y subrogación hipotecaria, y su inmediata modificación posterior en cuanto al límite mínimo de variabilidad a la baja del tipo de interés variable, tenía por objeto la adquisición y financiación de la vivienda habitual de los **demandantes**. La naturaleza y finalidad del contrato era, por tanto, ajena a cualquier propósito empresarial o profesional, y respondía al único objeto de satisfacer las necesidades residenciales privadas de los compradores. Por tanto, los **demandantes** intervinieron en dichos negocios jurídicos como consumidores.

Como ha declarado la jurisprudencia del TJUE y de este tribunal antes reseñada, dicha condición legal es ajena a "la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras". En consecuencia, el hecho de que uno de los **demandantes** sea socio de la entidad que promovió la construcción del edificio donde se ubica la vivienda adquirida y avalase solidariamente el préstamo hipotecario concedido a dicha sociedad no resulta incompatible con que, en un negocio jurídico distinto y posterior, cuya finalidad era ajena a dicha actividad empresarial, pueda intervenir como consumidor.

5.- Esta conclusión no puede verse alterada por el hecho de que el préstamo en el que se produce la subrogación de los **demandantes** como deudores fuese concedido inicialmente para financiar una actividad empresarial de promoción inmobiliaria. El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, caso *Bachman*) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El Tribunal de Justicia resuelve la decisión prejudicial sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta le reconoce el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:



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

6.- Por su parte, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (reiterado posteriormente por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016) estableció como supuestos de vinculación funcional con una sociedad "la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social".

Y en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, en cuanto al concepto de participación significativa a estos efectos, establecimos que:

"Más allá de engorrosas magnitudes puramente numéricas o porcentuales que, además, en nuestro Derecho interno son divergentes según recurramos al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (por ejemplo, art. 151), al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (arts. 174 y 175), o a la Ley Concursal (art. 93.2.1º), lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas (por todas, STJUE de 25 enero de 2018, asunto C-498/16)".

En el presente caso no consta acreditado que el Sr. Damaso ostente algún cargo orgánico o societario en la sociedad promotora ni que su participación en el capital social le permita un control sobre sus decisiones de forma que "de facto, su voluntad y la del ente social coincidan". Y como dijimos en la sentencia 26/2022, de 18 de enero, "si no constara que el bien o servicio objeto del contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no podría negarse la cualidad de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúna los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro".

7.- En consecuencia, debemos estimar el recurso de casación, sin necesidad de entrar a examinar el segundo motivo, y asumir la instancia a fin de resolver el recurso de apelación, partiendo de la condición de consumidores de los **demandantes**, en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula suelo/techo y correlativa de condena restitutoria contenida en la sentencia de primera instancia (la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora que hizo dicha sentencia no fue objeto de impugnación en la apelación y ha devenido firme).

CUARTO.- Asunción de la instancia. Decisión del tribunal: el control de transparencia de la cláusula suelo en caso de subrogación en el préstamo hipotecario al promotor.

1.- Esta sala ha abordado la cuestión del control de transparencia de la cláusula suelo en los casos de subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario concedido al promotor y se han modificado algunas de las condiciones de dicho préstamo, como por ejemplo en las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre, 24/2018, de 24 de enero, 216/2018, de 11 de abril, 519/2018, de 20 de septiembre, y más recientemente en las sentencias 53/2020, de 23 de enero, y 338/2020, de 22 de junio, 489/2020, de 23 de septiembre, y 533/2020, de 15 de octubre, entre otras.

Doctrina que cabe extrapolar al presente caso, en los términos que veremos, en el que en la misma fecha en que se otorgó la escritura de compraventa y subrogación, en la que se incluía la cláusula suelo sobre cuya transparencia aquí se discute, sin solución de continuidad, se firmó también otra escritura en el que se modificaba el plazo de amortización del préstamo y la cláusula relativa a los intereses ordinarios, que se establecieron en un tipo fijo del 3.15 % anual durante el primer año, y para el resto de duración del contrato el interés pasaba a ser variable, señalando como tipo de referencia el Euribor a un año incrementado por un diferencial del 0,75%. Además, se establecía como tipo mínimo el 3% y máximo el 14% nominal anual. Por ello, desde el punto de vista de la transparencia material y de la información precontractual, procede un análisis conjunto de ambos contratos.

2.- El préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor, junto con la novación de determinadas condiciones financieras, son operaciones diferentes. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación



personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia.

Esta forma de pago del precio de una compraventa mediante la asunción de la deuda del préstamo, y la subrogación en la carga hipotecaria, está expresamente prevista en nuestro ordenamiento como forma de novación subjetiva por cambio de deudor, tanto civilmente (art. 1203 y 1205 CC), como hipotecariamente (art. 118 LH).

Este último precepto contempla: (i) por un lado, la subrogación *ex lege* que se produce en las responsabilidades derivadas de la hipoteca como consecuencia de la transmisión del bien gravado, dada su condición de gravamen real inscrito (art. 32 LH) y la eficacia de reipersecutoriedad propia de la hipoteca (arts. 1876 CC, 126 LH y 685.1 LEC); y (ii) por otro lado, el pacto de subrogación del comprador en la obligación personal (préstamo) garantizada por la hipoteca, en cuyo caso "quedará el primero [vendedor] desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito". Este consentimiento opera como *conditio iuris* de la liberación del deudor inicial (vendedor), dotando de eficacia plena al acto dispositivo de transmisión de la deuda.

3.- El consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original (promotor), y si bien no convierte a aquél en parte del contrato de compraventa cuyo pago se instrumenta, en todo o en parte, mediante la subrogación, sí supone que el vínculo jurídico derivado del préstamo inicialmente concertado con el vendedor pasa a regir entre el prestamista inicial (banco) y el prestatario subrogado (comprador-consumidor), con arreglo a la regulación contractual inicialmente fijada, o con las modificaciones que de forma simultánea o sucesiva a la propia subrogación se hayan introducido en las condiciones del contrato mediante su novación objetiva (art. 1203.1 CC).

4.- Por razón de la estrecha relación entre los préstamos hipotecarios a promotor y las ventas de las viviendas gravadas a comprador-consumidor con simultánea subrogación hipotecaria, hemos declarado (por todas, vid. sentencia 338/2020, de 22 de junio) que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

5.- Por ello, para el caso particular de la subrogación de compradores en el denominado "préstamo promotor", el ordenamiento jurídico establece un conjunto de normas específicamente destinadas a garantizar dicha información. Ya antes de la aprobación de la Directiva 93/13/CEE, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, dispuso en su art. 6.1.4º, en el marco de la información relativa al precio de la compra, los medios de pago y las garantías para su efectividad, que "si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de esta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades". Y en su art. 9 estableció que "a la firma del contrato todo adquirente de vivienda [...] tiene derecho a recibir a costa del vendedor copia de los documentos a que se refieren los artículos anteriores".

6.- Más tarde, se aprobó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, dictada en cumplimiento de la habilitación concedida por el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito.

Dicha Orden estableció un régimen de información precontractual (folleto informativo - art. 3 -, oferta vinculante - art. 5 -, derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - art. 7 -) respecto de todos los préstamos hipotecarios incluidos en su ámbito de aplicación (préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito a favor de prestatarios personas físicas, cuyo importe no exceda de 25 millones de pesetas - límite cuantitativo posteriormente suprimido por la Ley 41/2007-). Y específicamente en relación con los préstamos a promotores estableció en su art. 1.3 que, con independencia de las reglas establecidas en el citado Real Decreto 515/1989, "cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del artículo 6 de esta Orden [...]".



7.- La citada Orden ministerial fue sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios, dictada al amparo de la habilitación concedida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que trató de materializar un avance sustancial en materia de transparencia bancaria. En lo que ahora interesa, esta Orden estableció en su art. 19.3 que "las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden".

Este artículo de la Orden EHA/2899/2011 se desarrolló en el anejo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012, relativo a los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables; el punto 12 señala: "En los supuestos en que la concesión de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, la inclusión en el correspondiente contrato de la obligación de los indicados constructores o promotores de entregar a los clientes información personalizada sobre el servicio ofrecido por la entidad, recogida en el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo".

8.- La evolución legislativa en esta materia se ha completado mediante la reciente aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que en su disposición adicional séptima, bajo el epígrafe "Obligaciones del empresario con ocasión de la transmisión del inmueble hipotecado", impone al promotor que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, la obligación de "comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria".

9.- Se trata de una regulación que refuerza y concreta el principio de transparencia en relación con los préstamos hipotecarios a promotor, a fin de garantizar que el consumidor llamado a subrogarse en dicho préstamo obtenga una información precontractual que le permita un nivel de garantía de sus derechos equivalente al del deudor que contrata directamente el préstamo hipotecario destinado a financiar la adquisición de su vivienda con la entidad de crédito.

Del conjunto de esta regulación resulta que: (i) el contrato de préstamo al promotor deberá contener (a) los datos registrales de la hipoteca (responsabilidad hipotecaria, vencimientos, cantidades) - art. 6.1.4º del RD 515/1989 -, y (b) a modo de estipulación a favor de terceros, "la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden" - 19.3 de la Orden EHA/2899/2011 -; (ii) el banco deberá "asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo" (anejo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012); y (iii) el promotor que vaya a pactar con el comprador la subrogación hipotecaria, debe comunicarlo al banco con 30 días de antelación a la fecha de la firma de la escritura, para que éste pueda realizar el análisis de solvencia y cumplir los requisitos de información precontractual (disposición adicional 7ª Ley 5/2019).

En el presente caso, en la fecha de la formalización de la compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario y de la firma de la escritura de modificación de determinadas condiciones financieras del préstamo (14 de marzo de 2005), no estaban vigentes ni la Orden EHA/2899/2011, ni la Circular del Banco de España 5/2012, ni la Ley 5/2019. Pero hay que tener en cuenta que todas estas disposiciones se enmarcan y están al servicio de las exigencias de transparencia que en relación con las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores establecen los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, preceptos que encuentran su reflejo en el ordenamiento interno en diversas normas, destacadamente en los arts. 5.5 LCGC, y 60.1 y 80.1 TRLCU.

10.- En este contexto normativo, tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb*, declara al referirse al control de transparencia:

"44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El



consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en sentencias posteriores, la última de las cuales ha sido la sentencia de 7 de noviembre de 2019 (asuntos acumulados C-419/18 y C- 483/18, caso *Profi Credit Polska*).

11.- La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas 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 resultado de la adición de uno al otro, que es información determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas o alternativas de financiación 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 con carácter previo a la contratación se informe a quien va a asumir, mediante la subrogación, y eventual novación, el lugar del prestatario, sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

12.- En el presente caso, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que la cláusula impugnada no había superado el control de transparencia material al no haberse proporcionado al **demandante** la preceptiva información precontractual. El hecho de que la referida Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (que imponía el deber de entrega al prestatario del folleto informativo y la oferta vinculante como información precontractual) no extendiera expresamente los referidos deberes de información a los casos de compraventa con subrogación e intervención del prestamista, o no estuvieran en vigor las restantes disposiciones sectoriales reseñadas, no significa que los preceptos de la Directiva 93/13/CEE y de la legislación sobre consumidores y sobre condiciones generales de la contratación, que establecen el requisito de la transparencia, dejaran de ser aplicables en los términos señalados por la jurisprudencia reseñada.

13.- Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

La legislación sectorial de transparencia en materia de préstamos hipotecarios, como hemos visto, ha ido perfeccionando los medios y procedimientos más adecuados para alcanzar tal resultado. Pero, incluso antes de la vigencia de las normas sectoriales más recientes y avanzadas, en los casos en que la compraventa con subrogación se hizo con intervención del banco, a los efectos de consentir la sustitución de un deudor (vendedor) por otro (comprador), liberando de responsabilidad a aquél y, en su caso, novando alguna de las condiciones del préstamo, como sucede en este caso, no hay razones para eximir al prestamista del deber de proporcionar a quien, en virtud de dicha subrogación, va a quedar vinculado con él en una relación jurídica de larga duración y de la relevancia económica propia de la financiación de una vivienda, toda la información pertinente a fin de que conozca la carga jurídica y económica que el contrato va a suponerle, en los términos antes expresados.

14.- Procede, por tanto, realizar ahora el juicio de transparencia analizando si se ha proporcionado a los **demandantes**, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la "cláusula suelo", incorporada en este caso al préstamo a través de la subrogación y en los términos de la novación pactada en otra escritura de la misma fecha, de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia, juicio que debe concluir con un resultado positivo.

El caso que ahora enjuiciamos presenta la singularidad de que el Sr. Damaso, socio de la sociedad promotora en cuyo préstamo se subrogó (en cuanto a la responsabilidad hipotecaria que grava la vivienda), intervino en el otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario a la promotora como avalista, de forma que afianzó solidariamente junto con sus padres y hermanos (también socios de la prestataria) los casi dos millones y medio de euros concedidos para financiar la promoción. El hecho de que el Sr. Damaso tenga la condición legal de consumidor en la operación de compra y financiación de su vivienda habitual no significa que también



la tenga necesariamente en su intervención como avalista de aquella operación financiera de su sociedad. En todo caso, la información sobre las condiciones financieras del préstamo a promotor la tuvo, como muy tarde, en la misma fecha en que se otorgó la escritura de formalización de dicho préstamo promotor, esto es, el 25 de enero de 2003, es decir, con más de dos años de antelación respecto de la firma de la compraventa y simultánea subrogación hipotecaria.

15.- Además de la anterior particularidad, concurren también en el presente caso otras circunstancias que avalan la conclusión avanzada (similares a las que analizamos en nuestra sentencia 533/2020, de 15 de octubre), y entre ellas las siguientes: (i) si bien se hizo constar en la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo que el adquirente se subrogaba en el préstamo hipotecario que gravaba el inmueble y que optaba por un tipo de interés remuneratorio variable, referenciado al Euribor + 1 punto porcentual, indicándose a continuación que, en todo caso, la Caja tendría derecho a exigir como mínimo el 4,25% anual, este mínimo fue reducido por el pacto suscrito entre las partes en la escritura de modificación nada más firmarse la de compra y subrogación para rebajarlo al 3% nominal anual; (ii) en esa misma escritura se modificó también el plazo de amortización y el tipo de interés ordinario, que se estableció en un tipo fijo del 3.15% anual durante el primer año, y después en el Euribor con un diferencial que se redujo del 1% al 0,75%, mejorando para los compradores las condiciones financieras del préstamo; (iii) al tratarse de una subrogación en un préstamo concedido previamente al promotor no era preceptivo que la Caja hiciera una oferta vinculante, sin perjuicio de las obligaciones de información que eran compartidas con la promotora de la que era socio el comprador, previstas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; (iv) en todo caso las condiciones financieras en las que se produjo la subrogación constaban en la escritura del préstamo hipotecario a promotor que el **demandante** suscribió dos años antes en calidad de avalista solidario del préstamo promotor.

La valoración conjunta de todas las circunstancias anteriores conduce a concluir que los compradores, antes de firmarse el contrato de subrogación en el préstamo y su inmediata modificación, dispusieron de una información comprensible acerca de las condiciones contratadas y, en especial, de la existencia de un tipo mínimo, lo que necesariamente les permitió conocer tanto la carga económica, esto es, el sacrificio patrimonial que debía afrontar a cambio de la prestación económica que quería obtener, como la carga jurídica del mismo.

En definitiva, los **demandantes** dispusieron en tiempo oportuno de una información suficiente y clara para que pudiera tener una comprensión efectiva de la existencia de la cláusula suelo y de las consecuencias que comportaba.

16.- En consecuencia, debemos estimar en parte el recurso de apelación, declarar la transparencia y validez de la cláusula suelo, y mantener la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula relativa a los intereses de demora hecha en la sentencia de primera instancia, pronunciamiento que no fue objeto de la apelación.

QUINTO. - Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, que ha sido estimado en parte, tampoco procede su imposición.

2.- Las costas causadas en la primera instancia corresponden a la entidad financiera demandada, en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 34/2021, de 26 de enero, y 48 y 49/2021, de 4 de febrero).

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Damaso y D.ª Sonia contra la sentencia n.º 16/2018, de 25 de enero, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación núm. 568/2017, que casamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación de Banco Mare Nostrum, S.A. exclusivamente en el sentido declarar la validez de la cláusula suelo contenida en la escritura de modificación parcial de préstamo hipotecario de 14 de marzo de 2005.



3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni las del recurso de apelación. En cuanto a las de la primera instancia, corresponden a la entidad financiera demandada.

4.º- Devolver a los recurrentes el depósito para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ