



Roj: **STS 2089/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2089**

Id Cendoj: **28079110012018100328**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2018**

Nº de Recurso: **3695/2015**

Nº de Resolución: **350/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2917/2015,**
STS 2089/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 350/2018

Fecha de sentencia: 07/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3695/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3695/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 350/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 7 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 21 de octubre de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 942/2013 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D. Juan Antonio y D.^a Teodora, representados por el procurador D. Carlos Jesús Blanco Sánchez Cueto y bajo la dirección letrada de D. Joaquín G. Moeckel Gil.

Es parte recurrida Caja Rural del Sur S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira y bajo la dirección letrada de D. Rafael Monsalve del Castillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Reyes Martínez Rodríguez, en nombre y representación de D. Juan Antonio y D.^a Teodora, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural del Sur Sociedad Cooperativa de Crédito, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» 1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece en la escritura pública de ampliación de préstamo hipotecario, novación modificativa y constitución de aval, de fecha 14 de diciembre de 2007, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable, denominado suelo, y cuyo contenido literal es el siguiente:

» "Se pacta expresamente que en ningún caso los intereses sean inferiores al cuatro por ciento (4,00%), sin establecer limitaciones al alza".

» 2.- Condene a Caja Rural del Sur, S. Coop. De Crédito a realizar la reliquidación del préstamo hipotecario según las condiciones pactadas en la escritura y sin la aplicación de la cláusula suelo y, en consecuencia, a la devolución de la diferencia de cada una de las cuotas satisfechas hasta la fecha más las devengadas durante la tramitación del presente procedimiento junto con sus intereses legales.

» 3.- Condene a la demandada la pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 19 de agosto de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 942/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Rafael Illanes Sainz de Rozas, en representación de Caja Rural del Sur S.C.C., 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 lo Mercantil 1 de Sevilla, dictó sentencia 335/2014, de 1 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Juan Antonio y Teodora, contra Caja Rural del Sur SCC, con los siguientes pronunciamientos:

» 1º) declaro la nulidad del pacto otorgado como quinto (pág. 26) sobre límites a la variación del tipo de interés de la escritura firmada entre las partes de este litigio el 14/12/17 (nº protocolo 3.541 del Notario D. José M^a Sánchez-Ros Gómez).

» La declaración de nulidad llevará consigo los efectos restitutorios señalados en el último párrafo del fundamento de derecho 5º de esta resolución.

» 2º) condeno a Caja Rural del Sur SCC al pago de las costas de esta instancia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caja Rural del Sur SCC. La representación de D. Juan Antonio y D.^a Teodora se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 10.148/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 21 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva dispone:



«FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 1 de septiembre de 2014, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, demos (sic) absolver y absolvemos por completo a la demandada, Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, de los pedimentos de la demanda formulada en su contra por Don Juan Antonio y Doña Teodora, sin que se haga imposición del pago de las costas causadas en ambas instancias».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Reyes Martínez Rodríguez, en representación de D. Juan Antonio y D.^a Teodora, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, L.C.G.C.), en 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. 485/2012, 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 y en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013 y de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, recurso 138/2014 ».

«Segundo.- Infracción del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2017, 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, T.R.L.G.D.C.U.), en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia, en cuanto a la legalidad) de las condiciones generales de la 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. 485/2012, 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 y en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013 y de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, recurso 138/2014. No se ha valorado el deber de información de la entidad financiera sobre el suelo para garantizar la transparencia de la cláusula».

«Tercero.- Infracción, nuevamente 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. 485/2012, 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 y en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013 y de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, recurso 138/2014. La claridad gramatical de la cláusula no implica necesariamente la superación del control de transparencia».

«Cuarto.- Infracción, nuevamente 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. 485/2012, 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 y en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013 y de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, recurso 138/2014. No se han valorado ninguno de los supuestos de falta de transparencia que, de forma orientativa o indicativa, establece la Jurisprudencia».

«Quinto.- Infracción, nuevamente 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. 485/2012, 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 y en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 8 de septiembre de 2014, nº 464/2014, recurso 1217/2013 y de 25 de marzo de 2015, nº 139/2015, recurso 138/2014. No se han valorado ninguno de los supuestos de falta de transparencia que, de forma orientativa o indicativa, establece la Jurisprudencia. El control de transparencia no equivale a un control del consentimiento contractual».

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 24 de enero de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caja Rural del Sur S.C.C. se opuso al recurso de casación.



4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 31 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El 14 de diciembre de 2007 D. Juan Antonio y D.^a Teodora , de una parte, y Caja Rural del Sur S.C.C. (en lo sucesivo, Caja Rural), de otra, firmaron sendas escrituras notariales por las que Caja Rural se subrogaba en la posición de acreedora en el préstamo hipotecario a interés variable que los demandados habían concertado con Cajasol, posteriormente absorbida por Caixabank, y acto seguido procedían a la novación del préstamo, ampliando el capital prestado y el plazo de amortización. En esta segunda escritura se introdujo una cláusula suelo que impedía que el tipo de interés bajara por debajo del 4% anual.

2.- D. Juan Antonio y D.^a Teodora interpusieron una demanda contra Caja Rural del Sur S.C.C en la que solicitaron la declaración de nulidad, por abusiva, de dicha cláusula suelo.

3.- La demanda fue estimada en primera instancia. El juzgado dictó una sentencia en la que declaró la nulidad de la cláusula suelo, por falta de transparencia, y condenó a Caja Rural a devolver a los demandantes las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula.

4.- Caja Rural apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, por lo que revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y desestimó la demanda.

5.- Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación. Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación pues la sentencia de la Audiencia Provincial no ha analizado el control de incorporación.

2.- El motivo ha de ser desestimado porque en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad de la condición general por ser abusiva, y fue esa la cuestión jurídica abordada y resuelta por la sentencia del Juzgado Mercantil y, por tanto, fue también el objeto del recurso de apelación resuelto por la Audiencia Provincial.

3.- En el recurso no se identifica propiamente algún argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial sobre el control de incorporación ni pronunciamiento que desestime una acción dirigida a la declaración de no incorporación de la cláusula controvertida que pueda considerarse contrario a Derecho por la sencilla razón de que no existe argumentación ni pronunciamiento alguno sobre esta cuestión.

4.- Si los recurrentes consideran que la Audiencia Provincial omitió un pronunciamiento sobre el control de incorporación, que es lo que parece que están afirmando en este motivo, tenían que haber solicitado la subsanación de la omisión de pronunciamiento. Si no lo hicieron, consintieron la ausencia de pronunciamiento sobre esa cuestión y no pueden plantear una impugnación sobre la misma en el recurso de casación.

TERCERO.- *Formulación del motivo segundo*

1.- Al inicio del recurso (pág. 2 y 3), los recurrentes alegan como segundo motivo el consistente en la infracción del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2017, 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 con los requisitos del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, e infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013 .

2.- Posteriormente, esa infracción es desarrollada en varios motivos (en realidad se trata de distintos apartados de ese segundo motivo) en los que, entre otros extremos, se denuncia que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha valorado el deber de información de la entidad financiera sobre el suelo para garantizar la transparencia de la cláusula; que la claridad gramatical de la cláusula no implica necesariamente la superación del control de transparencia; que la sentencia recurrida no ha valorado ninguno de los supuestos de falta de transparencia que, de forma orientativa o indicativa, establece la jurisprudencia.

CUARTO.- *Decisión del tribunal. El control de transparencia de las cláusulas suelo*

1.- Caja Rural alega que el recurso pretende modificar la base fáctica de la sentencia de la Audiencia Provincial.



Esta objeción no puede ser aceptada. Las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca del conocimiento y aceptación de la cláusula suelo por parte de los recurrentes no constituyen propiamente hechos, sino valoraciones jurídicas que la Audiencia Provincial extrae de los hechos, sobre los que no existe especial controversia (redacción de la cláusula, ausencia de engaño, intervención notarial, etc.).

Tales conclusiones jurídicas pueden ser combatidas en el recurso de casación.

2.- Los principales argumentos que la Audiencia Provincial expone en su sentencia como fundamento de la revocación de la sentencia del Juzgado Mercantil y la consiguiente desestimación de la demanda consisten en que «no advierte el tribunal en este caso un ánimo de engaño por parte de la entidad demandada ni puede hablarse de una práctica ilegal»; que la escritura pública fue leída por el notario y los demandantes manifestaron quedar enterados de la misma; y que la redacción de la cláusula suelo es clara y comprensible.

3.- El criterio mantenido por la Audiencia Provincial en esta sentencia es contrario a la doctrina jurisprudencial sentada por este tribunal a partir de la sentencia de pleno 241/2013, de 9 de mayo, sobre el control de transparencia de las condiciones generales que contienen una cláusula suelo, esto es, una cláusula que establece una limitación a la bajada del tipo de interés variable.

4.- La inexistencia de engaño por parte de la entidad bancaria resulta irrelevante en tanto que no se ha ejercitado una acción de anulación del contrato por dolo.

Asimismo, que la cláusula suelo no sea en sí misma ilegal no obsta a que deban cumplirse los requisitos de transparencia o comprensibilidad real que ha establecido la jurisprudencia de esta sala a partir de la expresada sentencia de pleno.

5.- La conclusión de que la simple intervención del notario supone la superación del control de transparencia es incompatible con el hecho de que la jurisprudencia de este tribunal sobre el control de transparencia de la cláusula suelo se refiera en todos los casos a préstamos hipotecarios, documentados en escrituras notariales.

6.- Sobre este particular, conviene transcribir algunos pasajes de la sentencia 367/2017, de 08 de junio :

«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 [...].

»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».

7.- En el caso objeto de este recurso, la Audiencia no hace referencia a que se hubiera facilitado esa información precontractual adecuada, que hubiera dado a la existencia de la cláusula el tratamiento principal que esta exigía en tanto que delimitadora del precio del contrato. En el documento anexo a la escritura de subrogación aparece una "solicitud de certificación de saldo" enviada por Caja Rural a Caixabank, documento exigido por la Ley 2/1994, en el que el apartado "tipo interés mínimo" aparece en blanco. Y en la escritura de novación del préstamo hipotecario no aparece unido ningún documento que se hubiera entregado a



los demandantes en la fase precontractual donde se les informara adecuadamente de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

Por tanto, la simple intervención del notario (sin la cual la hipoteca no habría podido ser inscrita) y la prestación del consentimiento contractual por los prestatarios (sin la que el contrato sencillamente no existiría) no son suficientes para que la cláusula suelo supere el control de transparencia.

8.- Por último, la claridad y comprensibilidad de la redacción de la cláusula suelo permite que tal condición general supere el control de incorporación. Pero para que supere el control de comprensibilidad real, es necesario que se haya prestado al consumidor una información precontractual adecuada sobre la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio (el interés a pagar por el prestatario), de modo que el consumidor haya podido 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.

9.- Al no haber ocurrido así, se ha producido la paradoja de que la subrogación de Caja Rural en el contrato de préstamo hipotecario originariamente suscrito con Caixabank, realizada al amparo de lo previsto en la Ley 2/1994, en vez de mejorar las condiciones del precio, las ha empeorado, pues mientras que en el préstamo originario el interés variable no estaba limitado a la baja, tras la subrogación de Caja Rural y la inmediatamente posterior novación del préstamo, se ha introducido una severa limitación a la variación a la baja del tipo de interés supuestamente variable.

10.- Las razones expuestas llevan a que la sentencia recurrida deba ser revocada y la sentencia del juzgado mercantil, confirmada en sus propios términos, por ajustarse a la jurisprudencia sentada por este tribunal.

QUINTO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, y procede condenar a Caja Rural al pago de las costas del recurso de apelación que resulta desestimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Juan Antonio y D.^a Teodora contra la sentencia de 21 de octubre de 2015, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación núm. 10.148/2014 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Caja Rural del Sur S.C.C. contra la sentencia 335/2014, de 1 de septiembre, del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla , que confirmamos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a Caja Rural del Sur S.C.C. al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

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.