



Roj: **STS 2195/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2195**

Id Cendoj: **28079110012018100343**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **2673/2015**

Nº de Resolución: **354/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2426/2015,**
STS 2195/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 354/2018

Fecha de sentencia: 13/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2673/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. SEVILLA. SECCIÓN 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2673/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 354/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 13 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla. El recurso fue interpuesto por Fructuoso y Angelica , representados por la procuradora María Jesús Pintado de Oyagüe y bajo la dirección letrada de Rocío Galván Alcántara. Es parte recurrida la entidad Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora María Moreno de la Barreda Rovira y bajo la dirección letrada de Rafael Monsalve del Castillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Camilo Selma Bohorquez, en nombre y representación de Fructuoso y Angelica , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, contra la entidad Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, para que se dictase sentencia

«por la que estime la demanda formulada y se condene a la entidad demandada en los siguientes términos:

»1.- Declare la nulidad de la cláusula que limite las revisiones del tipo de interés a un mínimo aplicable, por abusiva y por falta de transparencia e información previa, siendo nula la aplicación del mínimo del 4% que la demandada ha venido realizando.

»2.- Se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se hubieren cobrado en virtud de la condición declarada nula, que de acuerdo con la liquidación presentada asciende a dos mil setecientos euros con siete céntimos (2.700,07 ?), por importes abonados hasta el mes de septiembre de 2013 incluido, más las diferencias que se vayan devengando por mensualidades posteriores con sus intereses legales.

»4 (sic).- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas judiciales causadas en este procedimiento».

2. La procuradora María Dolores Bernal Gutiérrez, en representación de la entidad Caja Rural del Sur, S.C.C., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Caja Rural del Sur, S.C.C. de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que, estimando totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los tribunales, don Camilo Selma Bohórquez, en nombre y representación de Doña Angelica y de Don Fructuoso frente a Caja Rural del Sur, S.C.C.:

»1.- Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del penúltimo párrafo de la cláusula sexta de la escritura de ampliación y novación del préstamo firmada en fecha de 5 de septiembre de 2007 por Caja Rural del Sur, S.C.C., de una parte y Doña Angelica y Don Fructuoso , de otra, y autorizada por el Notario, don Carlos Villarrubia González, número de protocolo 1823 y cuyo contenido literal es: "se pacta expresamente que en ningún caso los intereses serán inferiores al cuatro por ciento sin establecer limitaciones al alza".

»La eliminación de las limitaciones a la variabilidad del interés remuneratorio pactado se proyecta durante toda la vigencia del contrato, careciendo de validez las modificaciones posteriores.

»La declaración de nulidad comporta:

»I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»II.- Que la entidad bancaria debe reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula (que serán calculado en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución), más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.



»2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

»3.- Impongo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante sentencia de 18 de junio de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña María Dolores Bernal Gutiérrez, en nombre y representación de la entidad Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito S.A., contra la Sentencia dictada en 27 de mayo de 2014, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla en los autos de juicio ordinario núm. 1253/13, la debemos revocar y revocamos, y en su lugar, con desestimación de la demanda interpuesta, debemos absolver y absolvemos a la entidad demandada de los pedimentos formulados en su contra, sin declaración sobre las costas de ambas instancias».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Camilo Selma Bohorquez, en nombre y representación de Fructuoso y Angelica , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 1 , 5.5 y 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y jurisprudencia contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 .

»2º) Infracción de los arts. 80 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 9 de mayo de 2013 , 8 de septiembre de 2014 y 24 de mayo de 2015 ».

2. Por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2015, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Fructuoso y Angelica , representados por la procuradora María Jesús Pintado de Oyague; y como parte recurrida la entidad Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora María Moreno de la Barreda Rovira.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de febrero de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Fructuoso y D.^a Angelica contra la sentencia dictada, con fecha 18 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla -Sección 5.^a- en el rollo de apelación n.º 8854/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1253/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 18 de noviembre de 1998, Caja Rural del Sur, SCC, concedió a Promociones y Venta de Finca, S.A. un préstamo hipotecario de 91.190,36 euros. El interés era fijo para el primer año, del 4,625%, y variable para los posteriores, MIBOR más 0,75% para la promotora y 0,50% para los compradores subrogados.

El 21 de junio de 2000, mediante escritura pública, la promotora vendió el inmueble gravado con la hipoteca a Estibaliz , quien se subrogó en el préstamo hipotecario.

El 10 de octubre de 2002, también mediante escritura pública, Estibaliz vendió el inmueble hipotecado a Fructuoso y Angelica , quienes se subrogaron en el préstamo hipotecario.



Estas dos subrogaciones se hicieron sin cambio de las modificaciones pactadas.

El 5 de septiembre de 2007, Fructuoso y Angelica concertaron con la Caja Rural del Sur una ampliación del capital prestado en 35.000 euros, con una modificación del plazo de amortización, la sustitución del Mibor por el Euribor y la introducción de una cláusula suelo del 4%.

El 25 de septiembre de 2009, mediante un acuerdo contractual, las partes redujeron el suelo al 3,25%, durante un año, y el 19 de agosto de 2011, los fijaron en el 3,75%.

2. Fructuoso y Angelica presentaron una demanda en la que pedían la nulidad de la cláusula suelo por abusiva y por falta de transparencia. Y, en consecuencia, pedían también la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula.

3. La sentencia dictada en primera instancia apreció que la cláusula no superaba el control de transparencia instaurado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y declaró su nulidad por abusiva. Además condenó a Caja Rural del Sur a recalcular el cuadro de amortización y devolver las cantidades que de más hubiera cobrado en aplicación de esta cláusula.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caja Rural del Sur. La Audiencia estima el recurso y absuelve a la demandada. La sentencia de apelación entiende que la introducción de la cláusula suelo con ocasión de la ampliación del crédito hipotecario fue negociada como una contraprestación de la ampliación del crédito, destinado a la compra de un vehículo:

«Se trató de la inclusión de una de las condiciones exigidas por una de las partes, para aceptar las propuestas de los actores de ampliación, entendemos fundamental, del capital prestado. Se trata del juego de las ofertas y contraofertas propias de un proceso negociador, siendo precisa y clara la pretensión de la demandada, que fue aceptada por los actores. Lo cual, es independiente de la finalidad a que se pensaba destinar el dinero, parece ser la compra de un vehículo, porque no es dudoso que ofrece más ventaja una ampliación del préstamo con garantía hipotecaria que un préstamo personal, dado el mayor costo de éste, porque los intereses remuneratorios son bastante más superiores que aquél, incluso teniendo en cuenta el límite mínimo».

La Audiencia ratifica la idea de que la cláusula suelo había sido negociada, que más tarde se convino por las partes hasta dos modificaciones del límite inferior (suelo): el 25 de septiembre de 2009, se fijó en el 3,25%; y el 19 de agosto de 2011, en el 3,75%.

5. La sentencia de apelación es objeto de recurso de casación por Fructuoso y Angelica, sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero*. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1, 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y la jurisprudencia que los interpreta, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en lo que se refiere a la consideración de la cláusula suelo como una condición general de la contratación.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo*. La sala, recientemente, se ha pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia 216/2018, de 11 de abril, con ocasión de un supuesto muy similar al presente. También en aquel caso había habido una novación del crédito hipotecario, con una ampliación del importe del crédito y de los plazos de amortización, y fue entonces cuando se incorporó al contrato la cláusula suelo. Tanto en el caso del precedente que ahora invocamos como en el presente, la Audiencia Provincial entendió que habían sido negociados no sólo la ampliación del crédito y los plazos de amortización, sino también la cláusula suelo.

Frente a ello, en la sentencia 216/2018, de 11 de abril, declaramos lo siguiente:

«La referencia que la sentencia contiene a la existencia de negociación ha de entenderse como una valoración jurídica, revisable en casación, y no como una afirmación de hechos. Que la cláusula suelo haya sido incluida en la escritura de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, subsiguiente al de compraventa y subrogación de los compradores de la vivienda en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor, que es a lo que la Audiencia Provincial anuda la existencia de negociación, no supone que la cláusula suelo haya sido negociada.

»Habrà podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del consumidor para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de



negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo.

»Ha de recordarse que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Por tanto, no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario) para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociado».

En el presente caso, en que la Audiencia también extrae el carácter negociado de la cláusula suelo de que hubiera sido introducida con la ampliación del crédito, como una contraprestación al mismo, debemos aplicar la misma doctrina, y considerar que tal calificación es errónea. Si no existe ningún otro elemento de juicio añadido a la mera circunstancia de que la cláusula suelo fue introducida con ocasión de la ampliación del crédito y la variación de los plazos de amortización, no cabe concluir que hubiera sido negociada como contraprestación a la ampliación del crédito. Si hubiera existido alguna circunstancia ajena a la propia novación, como pudiera ser una comunicación de e-mail o una conversación sobre cuya existencia y contenido se hubiera dado testimonio, en ese caso la conclusión de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada.

En consecuencia, al tratarse de una cláusula predispuesta por el empresario en la novación de un contrato concertado con un consumidor, tal cláusula es susceptible de control de transparencia que se desprende del art. 4.2 de la Directiva, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia.

3. Esta jurisprudencia se contiene en primer lugar por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, conforme a la cual:

«[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Esta doctrina se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler), 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de 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» (ap. 49), añade:

«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».

4. Para llevar a cabo el control de transparencia, resulta muy importante no perder de vista su razón de ser, tal y como lo declara la sentencia 171/2017, de 9 de marzo:

«La *ratio* de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información



suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

»Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

»Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

En las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio, hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, 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 su cumplimiento.

En la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos 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, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior 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.

5. En nuestro caso, no queda constancia de que el consumidor hubiera sido advertido de la existencia de la cláusula suelo antes de concertar la ampliación del préstamo hipotecario, sin que pueda presumirse esta información del contenido de la novación del préstamo, en que se introdujo ese límite. Esto es, no hay prueba de que se hubiera cumplido con la información precontractual necesaria para que el cliente pudiera conocer que con la ampliación del crédito hipotecario se modificaba el interés variable inicialmente pactado, al introducirse un límite inferior.

6. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y dejar sin efecto la sentencia de apelación. Al asumir la instancia, desestimamos el recurso de apelación, por las razones expuestas, al entender que la cláusula suelo introducida con la novación del crédito hipotecario no fue negociada, tiene la consideración de cláusula predispuesta por el banco prestamista, sin que se hayan cumplido las exigencias de transparencia.

Estimado el motivo primero, resulta innecesario entrar a analizar el otro motivo de casación.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).
2. Desestimado el recurso de apelación, procede imponer a la parte apelante las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

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 Fructuoso y Angelica contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5ª) de 18 de junio de 2015 (rollo núm. 8854/2014), que casamos y dejamos sin efecto.
- 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto Caja Rural del Sur, SCC, contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 27 de mayo de 2014 (juicio ordinario 1253/2013), cuya parte dispositiva confirmamos.
- 3.º- No hacer expresa condena de las costas generadas por el recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.



4.º- Imponer las costas ocasionadas por el recurso de apelación a la parte apelante.

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