



Roj: **STS 1217/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1217**

Id Cendoj: **28079110012019100206**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **3111/2016**

Nº de Resolución: **205/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1968/2016,**
STS 1217/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 205/2019

Fecha de sentencia: 04/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3111/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3111/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 205/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 4 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandante D. Efrain , representado por el procurador D. Jesús Iglesias Pérez bajo la dirección letrada de D. Martín de la Rosa Morales, contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2016 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 10135/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1265/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla sobre reclamación de cantidad por nulidad de una cláusula suelo en préstamo hipotecario. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D. Manuel Ignacio Domínguez Platas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de octubre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Efrain contra Caixabank S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declare la nulidad con carácter retroactivo de la limitación de interés mínimo aplicable al devengo de los intereses ordinarios del 3.5% nominal anual contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 18 de enero del 2006 o en la posterior escritura de modificación de esta de fecha 29 de Julio del 2009 y en la que se subrogó mi mandante en la escritura de 22 de junio del 2011 (documento nº 1 de la demanda), conocido como cláusula suelo; manteniéndose la vigencia del contrato, en virtud de los principios *utile per inutile non vitiatur* y del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio ; 261/2011, de 20 de abril ; 301/2012, de 18 de mayo ; 616/2012, de 23 de octubre y de los artículos 9.2 LCGC que dispone que *"la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10"* y del 83 del RDLDCU que establece que *"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas"*, sin aplicación del límite inferior del 3.5% fijado cuyo contenido literal es desconocido para esta parte ya que no ha podido ver las escrituras anteriormente mencionadas a las que se subrogó la parte actora y que ni tan siquiera está contenida en el documento anexo a la escritura de subrogación de la entidad Cajasol de aprobación de la operación.

"2.- Se condene a la entidad demandada, como se establece en la contemporánea sentencia 11/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Málaga de 20 de Mayo del 2013 en la que afirma que *"como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula ..., sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013 , que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.2 CE , por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones."*, a restituir al actor la cantidad de 4.377,69 euros cobrada en exceso hasta la fecha del 18 de agosto del 2013 en la aplicación de la mencionada cláusula suelo por la demandada y aquellas cantidades que se paguen en exceso durante la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3.5%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de EURIBOR más 1 punto.

"3.- Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento, conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, dando lugar a las actuaciones n.º 1265/2013 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y planteó con carácter previo a la contestación a la demanda la excepción de prejudicialidad civil, solicitando la suspensión del procedimiento.

Mediante decreto de 27 de diciembre de 2013 se tuvo por personada a la demandada y por contestada la demanda, y se acordó que la excepción planteada se resolviera en la audiencia previa. Seguidamente la demandada contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas al demandante.

Por diligencia de ordenación de 14 de enero de 2014 se corrigió el mencionado decreto, acordando al respecto lo siguiente:



"Visto que por error en la resolución dictada en fecha 27/12/13 se tenía por contestada la demanda cuando en realidad el escrito de fecha 17/12/13, presentado por la parte demandada, se trataba de un escrito previo a la contestación a la demanda y solicitud de prejudicialidad civil, y por economía procesal, se acuerda dejar sin efecto, en la mencionada resolución solo y exclusivamente la parte en que se tiene por contestada a la demanda, manteniendo el resto del proveído en el mismo estado [...]".

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, desestimada en dicho acto prejudicialidad civil, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 2 de septiembre de 2015 con el siguiente fallo:

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Efrain contra CAIXABANK SA, con los siguientes pronunciamientos:

"1º) declaro la nulidad del pacto que fija la cláusula suelo del 3,5 % en el contrato firmado ante el Notario D. Luis Barriga Fernández el 22/6/11 (nº protocolo 1.171), que suponía la subrogación del actor en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18/1/06, modificado por escritura de 29/7/09.

"La declaración de nulidad llevará consigo los efectos restitutorios señalado en el fundamento de derecho 5º de esta resolución.

"2º) Se condena en costas a la demandada".

El citado fundamento de derecho quinto, titulado "Devolución de cantidades", contenía un último párrafo del siguiente tenor:

"Por todo ello, solo procederá la devolución de los intereses que el prestatario hubiese pagado en aplicación de la cláusula anulada a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso el demandante y que se tramitó con el n.º 10135/2015 de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, esta dictó sentencia el 12 de julio de 2016 con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de la entidad Caixabank, S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, con fecha 2 de Septiembre de 2015 en el Juicio Ordinario nº 1265/13, la debemos revocar y revocamos, y en su lugar, con desestimación de la demanda, debernos absolver y absolvemos a la entidad demandada de los pedimentos formulados en su contra, sin hacer declaración sobre las costas de ambas instancias".

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de dos motivos con la siguiente formulación:

"PRIMERO.- Al amparo del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas procesales reguladoras de Sentencias, y en concreto del artículo 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 458.2 y 465.5 del mismo cuerpo legal al considerar la Sala de Apelación que la parte recurrente solicita la revisión del Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de Instancia cuando de manera expresa afirma que recurre el Fundamento Jurídico Tercero.

"SEGUNDO.- Al amparo del artículo 469.1-4º por vulneración de los artículos 137, 194, 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, en cuanto al derecho fundamental de gozar de un procedimiento judicial con todas las garantías y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial que adolece de error patente, es arbitrario, ilógico o irrazonable. Valora la cláusula objeto de la presente Litis, en cuanto al tenor literal de la redacción de la misma, sin haberla podido examinar ya que no ha sido aportada a los autos, extremo que no realizó la instancia, así como contradice hechos probados de la instancia, aplica una norma no vigente y es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la valoración de la prueba en segunda instancia".

El recurso de casación, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se componía de dos motivos con la siguiente formulación:

"PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN. - Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por vulneración, incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.5, y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con la inaplicación y del artículo 6,3 y 1205 del Código Civil y del artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de



los préstamos hipotecarios. Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencia de 9 de Mayo de 2013 (STS nº 241/2013)."

"SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 80 y 82 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 , al no aplicar los criterios legales establecidos para considerar cláusulas abusivas y al establecerse la valoración de la misma sin apreciar las circunstancias del caso en concreto. Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de numerosas Audiencias Provinciales".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 17 de octubre de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito en el que manifestaba lo siguiente:

"Tenga a esta parte por desistido de la oposición al Recurso de Casación y por allanada, por carencia sobrevinida de la doctrina jurisprudencial, a ambos Recursos, sin que proceda la imposición en costas a la entidad su representada, CAIXABANK, S.A. por los motivos anteriormente expuesto ni en el Recurso, ni en ninguna de las instancias, con cuanto más sea procedente"

SÉPTIMO.- Por providencia de 11 de marzo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 27, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El prestatario demandante recurre en casación y por infracción procesal la sentencia de segunda instancia que desestimó su demanda por considerar que la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo en el que se subrogó era transparente, pero el banco demandado se ha allanado al recurso y ha manifestado que devolverá la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo.

Los antecedentes relevantes son los siguientes:

1.- El 22 de junio de 2011 D. Efrain suscribió con la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de San Fernando de Guadalajara, Huelva, Jerez y Sevilla, Cajasol (ahora Caixabank S.A.) una escritura de subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito por la vendedora (Urbol, G.S.I. S.L.) el 18 de enero de 2006 y modificado el 29 de julio de 2009, sujeto a interés variable y que incluía una cláusula suelo por la que se preveía que dicho interés en ningún caso sería inferior al 3,5 %.

2. Con fecha 25 de octubre de 2013 el prestatario demandó a Caixabank S.A. pidiendo que se declarase la nulidad, por abusiva, de la referida cláusula y que se condenase al banco a devolver las cantidades pagadas y que se siguieran pagando en exceso como consecuencia de su aplicación (4.377,69 euros hasta el 18 de agosto de 2013, debiéndose cuantificar el resto en ejecución de sentencia), y al pago de las costas procesales.

3. La sentencia de primera instancia, diciendo estimar totalmente la demanda, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por considerar que la cláusula no superaba el control de transparencia, pero, limitando temporalmente los efectos retroactivos de la nulidad, condenó a la entidad demandada a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación únicamente a partir de la fecha de publicación de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 , así como al pago de las costas.

4. Contra dicha sentencia la entidad demandada interpuso recurso de apelación defendiendo la validez de la cláusula suelo y solicitando por ello la desestimación de la demanda con imposición al demandante de las costas de la primera instancia y sin imposición de las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes.

El prestatario se opuso al recurso y pidió que se confirmara la sentencia de primera instancia.

5. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso del banco y desestimó la demanda, sin imponer las costas de las instancias a ninguna de las partes.

En síntesis, sus razones son las siguientes: (i) el litigio versa únicamente sobre la escritura de 22 de junio de 2011 por la que el demandante se subrogó en el préstamo hipotecario que la promotora-vendedora formalizó en su día con la prestamista, siendo este en el que se incluyó la cláusula suelo controvertida; (ii) como Caixabank no intervino en la subrogación más que para consentirla, no se le podía exigir que cumpliera con los requisitos de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia ni, por tanto, que informara al prestatario de las características y elementos del préstamo hipotecario, pues este deber de información incumbía a la promotora; y (iii) consecuencia de ello es que la cláusula suelo sea válida, por cumplirse las exigencias legales para su incorporación al contrato y porque, además, "supera el control de transparencia en cuanto que está



redactada de forma clara y comprensible, fue o pudo ser conocida por los compradores de forma suficiente antes de adoptar la decisión de suscribir la escritura".

6. La parte demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por existencia de interés casacional sobre esta cuestión jurídica. La entidad bancaria recurrida se ha allanado a ambos recursos aclarando que va a proceder a devolver al recurrente las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo nula "desde el inicio en que fue aplicada" con sus intereses legales desde la fecha de cada pago, si bien ha solicitado que no se le impongan las costas de los citados recursos ni las de las instancias.

SEGUNDO.- Allanada la parte recurrida a los recursos en los términos antes expuestos (esto es, a las pretensiones de la demanda), procede estimar el recurso por tener también el allanamiento relevancia en casación y, sin necesidad de examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, casar la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia salvo en la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad.

TERCERO.- Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dado que ha sido estimado, ni las del recurso extraordinario por infracción procesal, porque ya no procede resolverlo.

Tampoco procede imponer a ninguna de las partes las costas de las instancias por las siguientes razones:

1.ª) El demandante se aquietó con la limitación de los efectos restitutorios acordada por la sentencia de primera instancia, hasta el punto de que, apelada únicamente por el banco demandado, al oponerse al recurso de apelación el demandante manifestó expresamente su conformidad con aquella limitación (alegación segunda del escrito de oposición) y, en coherencia con esa conformidad, pidió que se confirmara la sentencia de primera instancia.

2.ª) En las peticiones del escrito de interposición de los recursos de casación y por infracción procesal el demandante interesa, además de la anulación de la sentencia de segunda instancia, que se dicte otra "de conformidad con el suplico del Escrito de Contestación a la demanda y de la oposición al recurso de apelación formulado por esta parte en su día", lo que en principio comportaría, al margen del evidente error de referirse a la contestación y no a la demanda, que subsistiera la limitación de los efectos restitutorios acordada por la sentencia de primera instancia.

3.ª) En consecuencia, ha sido el allanamiento del banco demandado-recurrido y su expresa manifestación de que devolverá todas las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo lo que ha permitido salvar las serias dudas de derecho derivadas de la actuación procesal del demandante a efectos de congruencia, por lo que procede aplicar la salvedad prevista en el art. 394.1 LEC, para las costas de la primera instancia, y esa misma salvedad, por la remisión del art. 398.1 LEC a ese mismo art. 394.1, para las costas de la segunda instancia.

CUARTO.- Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

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, en virtud de allanamiento de la parte recurrida a las pretensiones de la demanda, el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Efrain contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2016 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 10135/2015.

2.º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia salvo en la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, que no tendrán límite temporal alguno respecto de las cantidades indebidamente cobradas al demandante ni respecto de sus intereses legales desde cada cobro.

3.º- No haber lugar a examinar el recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las del recurso extraordinario por infracción procesal ni las de las instancias.

5.º- Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

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



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ