



Roj: **STS 3721/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3721**

Id Cendoj: **28079110012017100533**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **255/2015**

Nº de Resolución: **558/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 16 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 286/2014 de 30 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, como consecuencia de autos de juicio ordinario 563/2013 del Juzgado de Primera Instancia 5 de Pamplona/Iruña, sobre nulidad de **cláusula** suelo y, subsidiariamente, acción de cumplimiento de contrato. El recurso fue interpuesto por D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol, representados por el procurador D. Emilio García Guillén y asistidos por D. José Luis Sanjurjo San Martín. Es parte recurrida Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU, representada por el procurador D. Javier Álvarez Díaz y asistida por el letrado D. Eugenio Salinas Frauca.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Francisco Araiz Rodríguez, en nombre y representación de D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] que, con total estimación de la demanda:

» 1. Declare la nulidad de la **cláusula** cuarta, apartado D de la novación modificativa, apartado cuarto, de la escritura pública de 13 de febrero de 2009 de compraventa con subrogación de hipoteca y novación por **cláusula** abusiva que causa desequilibrio y falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor; y por falta de transparencia.

» Y en consecuencia condene a "Caja España" a pasar por dicha declaración y, a abonar a Don Felipe y doña Marisol la cantidad de 3.400,44 Euros que corresponde a la diferencia entre el tipo de interés aplicado como "suelo" (2,5%/3%) durante los años 2010, 2011 y 2012 y el interés que correspondía según lo estipulado en la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria (Euribor + 3,35%); y que deje sin efecto su aplicación para liquidaciones futuras durante la vigencia del préstamo hipotecario referido en esta demanda.

» 2.- Alternativa y subsidiariamente, para el caso de no estimar la petición de nulidad, que declare el incumplimiento del acuerdo entre "Caja España" y los actores, en relación a la aplicación de un suelo del 2,5%. Y como consecuencia:

» - Condene a "Caja España" a abonar a Don Felipe y doña Marisol la cantidad de 768,41 Euros que corresponde a la diferencia entre la aplicación del suelo del 3% como tipo de interés del préstamo hipotecario durante las cuotas de marzo de 2012 a abril de 2013, en vez del 2,5 pactado.



- » - Condene a "Caja España" a seguir aplicando dicho suelo del 2,5 % en futuras liquidaciones durante la vigencia del préstamo hipotecario referido en esta demanda.
- » Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.
- 2.-** La demanda fue presentada el 4 de junio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia 5 de Pamplona y fue registrada con el núm. 563/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.
- 3.-** El procurador D. Joaquín Taberna Carvajal, en representación de Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria S.A.U., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la condena en costas a la parte actora.
- 4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia 5 de Pamplona, dictó sentencia 266/2013 de 12 de diciembre , con la siguiente parte dispositiva:
- «Que estimo la petición subsidiaria de la demanda formulada por el Procurador Sr. Araiz en nombre de Don Felipe y Doña Marisol frente a Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U y en consecuencia:
- » Declaro incumplido por la demandada el acuerdo alcanzado con los actores en relación a la aplicación de un suelo del 2'5 %.
- » Condono a Caja España a abonar a Don Felipe y Doña Marisol la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como consecuencia de la aplicación del suelo del 3 % como tipo de interés del préstamo hipotecario durante las cuotas de marzo de 2012 y sucesivas (durante todas las cobradas y que lleguen a cobrarse con aplicación de dicho tipo) en vez del 2'5 % pactado.
- » Y condono a Caja España a seguir aplicando dicho suelo del 2,5% en futuras liquidaciones durante la vigencia del préstamo hipotecario referido en esta demanda.
- » Condono a Caja España a pagar las costas del procedimiento».
- SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*
- 1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol . La representación de Banco de Caja de España de Inversiones Salamanca y Soria S.A.U se opuso al recurso.
- 2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, que lo tramitó con el número de rollo 251/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 286/2014 de 30 de octubre en que desestimó el recurso, con imposición de las costas a la parte apelante y pérdida del depósito constituido para recurrir.
- TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*
- 1.-** El procurador D. Javier Araiz Rodríguez, en representación de D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.
- El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:
- «Único.- Por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, al amparo del ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se concreta en la infracción del artículo 448 apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española ».
- Los motivos del recurso de casación fueron:
- «Primero.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por presentar la resolución del recurso interés casacional, al amparo del número 3º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por ser una sentencia contraria a la doctrina legal del Tribunal Supremo. Se concreta en la infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las **cláusulas abusivas** en los contratos celebrados con consumidores».
- «Segundo.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por presentar la resolución del recurso interés casacional, al amparo del número 3º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por ser una sentencia contraria a la doctrina legal del Tribunal Supremo. Se concreta en la infracción de los artículos 80 , 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios ».



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 26 de abril de 2017, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

5.- Una vez que había tenido lugar la deliberación, votación y fallo del recurso, por parte de la Letrada de la Administración de Justicia se dio cuenta de un escrito presentado por Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U el 27 de septiembre de 2017, a las 18,45 horas, por el sistema lex-net, en el que se decía:

«Que mi mandante quiere manifestar que nunca ha tenido intención de incumplir con el demandante, por lo que, para el supuesto de que sea estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, nos allanamos totalmente a las pretensiones a las que se refiere el recurso de casación de la parte recurrente, dentro del plazo establecido el artículo 19.3».

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Los demandantes suscribieron el 13 de febrero de 2009 una escritura pública de compra de una vivienda en la que además se subrogaron en el préstamo hipotecario concedido al promotor por Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, actualmente Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU (en adelante, Caja España) y asimismo novaron algunas de sus condiciones.

En el apartado tercero de la **cláusula** cuarta-D de la escritura se fijó un interés nominal del 3% anual para el primer año, y en el apartado cuarto se fijó, para el resto de la duración del préstamo, un interés variable equivalente al Euribor a un año incrementado en 0,35 puntos porcentuales «sin que en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación pueda ser superior al 12,50% ni inferior al 3,00%».

Caja España no había informado, con anterioridad a la firma de la escritura, de la existencia del «suelo». Ni siquiera entregó con la antelación exigida reglamentariamente la oferta vinculante con las condiciones del préstamo, pues este documento fue entregado a los prestatarios simultáneamente a la firma de la escritura.

Los demandantes formularon por tal razón una queja al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, y el Servicio emitió un informe en el que apreció que Caja España se había apartado de las exigencias de las normas de transparencia y protección a la clientela y de los buenos usos y prácticas financieras por no haber informado al prestatario, con la debida antelación a la firma de la escritura, de la existencia de la limitación al tipo de interés, pues no entregó la oferta vinculante con la antelación exigida.

En noviembre de 2009, los demandantes remitieron una comunicación a Caja España en la que protestaban por la existencia de la **cláusula** suelo («que jamás se nos comunicó», decían en su escrito), atribuían a Caja España una actuación de mala fe y solicitaban que se redujera el suelo del préstamo hipotecario a un 2,5%, como otros vecinos de la misma promoción. Caja España accedió a la reducción y durante los años 2010 y 2011 aplicó el suelo del 2,5%. En 2012 volvió a aplicar el suelo del 3%.

2.- El 4 de junio de 2013 los prestatarios presentaron una demanda contra Caja España.

Como pretensión principal, solicitaron que se declarara la nulidad de la «**cláusula** suelo» al tratarse de una **cláusula** abusiva que causa desequilibrio y falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor; y por falta de transparencia. Solicitaron también que Caja España les restituyera las cantidades que les había cobrado por la aplicación de dicha **cláusula** y dejara de aplicarla en el futuro.

Como pretensión subsidiaria, para el caso de que no se estimara la anterior, solicitaron que aplicara el «suelo» del 2,5% y les restituyera las cantidades cobradas a partir de 2012 cuando volvió a elevar el suelo hasta el 3%.

3.- El Juzgado de Primera Instancia consideró que Caja España incumplió su obligación de informar a los prestatarios de la existencia de la «**cláusula** suelo» pues no entregó la oferta vinculante con la antelación necesaria. Consideró que esta falta de transparencia viciaba el consentimiento de los prestatarios, por error, y producía como efecto la anulabilidad del contrato por error.



Por tal razón, consideraba que conforme al art. 1208 del Código Civil, al haber negociado un nuevo suelo del 2,5% en noviembre de 2009, los demandantes sanaron el vicio inicial de la **cláusula** y la hicieron válida, aunque al tipo negociado del 2,5%.

En consecuencia, desestimó la pretensión principal y estimó la pretensión subsidiaria, por lo que condenó a Caja España a aplicar el suelo del 2,5% y a devolver lo cobrado desde que en 2012 volvió a subirlo hasta el 3%.

**4.-** Los demandantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y solicitaron que fuera estimada la pretensión principal de su demanda.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso porque consideró que los demandantes carecían de legitimación para recurrir, pues la sentencia no les era perjudicial al haber estimado la pretensión subsidiaria formulada en su demanda.

**5.-** Los demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal basado en un motivo y recurso de casación basado en dos motivos.

**SEGUNDO.-** *Sobre el escrito presentado telemáticamente a última hora del día previo a la deliberación, votación y fallo del recurso.*

**1.-** Este recurso data del año 2015. La sobrecarga de recursos que padece la Sala Primera del Tribunal Supremo determinó que su admisión se produjera por auto de 26 de abril de 2017, fecha en que se dio traslado a Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U., que presentó un escrito en el que se oponía a la estimación de los recursos.

Sin embargo, Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U ha esperado hasta la última hora de la tarde previa a la deliberación, votación y fallo del recurso para presentar un escrito que, según su intención, debería haber condicionado esa deliberación, votación y fallo del recurso.

A la vista del contenido del escrito, no existía ninguna razón que le hubiera impedido realizar esas alegaciones en su escrito de oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Es más, podía haberlo hecho en el escrito de oposición al recurso de apelación.

**2.-** No es serio, ni es acorde con el respeto institucional que merece el Tribunal Supremo, que los litigantes esperen al último momento para presentar escritos que deben ser tomados en consideración en la deliberación, votación y fallo de un recurso. El trabajo previo de los componentes del tribunal, que deben preparar esa deliberación, puede resultar inútil si en el momento inmediatamente anterior al señalado para la deliberación, una de las partes presenta un escrito que condiciona el contenido de esa actuación del tribunal. La sobrecarga de recursos que padece esta sala, y el consiguiente retraso en su resolución, hace que esta mala utilización del tiempo y los recursos de este tribunal resulte todavía más grave.

**3.-** En este caso, no hubo tiempo siquiera de dar cuenta al tribunal de la presentación de ese escrito antes del inicio de la deliberación, puesto que se presentó a última hora de la tarde anterior a la deliberación, y fue necesario ordenar en la secretaría del tribunal todos los escritos presentados, asignarlos a los recursos a que iban destinados, y dar cuenta de su contenido a los respectivos ponentes, lo que, como resulta evidente para cualquiera, no es posible hacerlo en el breve lapso de tiempo que media desde el inicio del trabajo del tribunal y el inicio de las deliberaciones señaladas para esa mañana.

**4.-** En todo caso, el contenido del escrito no puede surtir el efecto que pretende la recurrida. Como se razonará más adelante, la solución a adoptar al estimar el recurso extraordinario por infracción procesal es anular la sentencia de la Audiencia Provincial, asumir la instancia y dictar una nueva sentencia en la que se resuelva el recurso de apelación, tomando en consideración, si fuera procedente, lo alegado por los recurrentes en el recurso de casación, pero no resolviendo directamente este.

Por tanto, un allanamiento al recurso de casación para el caso de que se estimara el recurso extraordinario por infracción procesal es inane, puesto que no procede resolver el recurso de casación.

**5.-** Más aún en este caso, en que el recurso de casación plantea como cuestión fundamental, para el caso de que no se estimara el recurso extraordinario por infracción procesal, que la Audiencia Provincial debió apreciar de oficio la nulidad de pleno derecho de la **cláusula** abusiva.

Dado que lo procedente, en caso de anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial, es resolver el recurso de apelación en el que se solicitaba que se aprecie la nulidad de pleno derecho de dicha **cláusula**, carece de relevancia el allanamiento al recurso de casación que se alega en el escrito.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**TERCERO.-** *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*



1.- En el recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la infracción del art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- La infracción se habría cometido al negar legitimación a los demandantes para recurrir pese a que la pretensión principal de su demanda había sido desestimada.

**CUARTO.-** *Decisión del tribunal. El demandante que ve desestimada su pretensión principal y estimada una subsidiaria tiene el gravamen que le otorga legitimación para recurrir*

1.- Este tribunal ha declarado que si «desestimada [al demandante] en primera instancia su pretensión principal y estimada alguna de las subsidiarias, lo que pretende es que en la segunda instancia se estime dicha pretensión principal [...] habrá de interponer recurso de apelación o, en su caso, formular impugnación subsiguiente al recurso del demandado» ( sentencia 977/2011, de 12 de enero de 2012 , y las que en ella se citan).

2.- Ello es así porque cuando el demandante acumula en su demanda una pretensión principal y otra u otras como subsidiarias (esto es, para el caso de que fuera desestimada la principal), si fuera estimada una pretensión subsidiaria y desestimada la principal, la tutela judicial que solicitó le fue negada en parte, por lo que fue afectado desfavorablemente por la sentencia de primera instancia y, por tanto, tenía el gravamen que le legitimaba para apelar y solicitar la estimación de su pretensión principal (en este sentido, sentencia 178/2013, de 25 de marzo ).

3.- Lo expuesto supone que la Audiencia Provincial, al negar a los demandantes legitimación para apelar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimó su pretensión principal y estimó la subsidiaria, incurrió en la infracción procesal que se denunció en el recurso extraordinario por infracción procesal, que debe ser estimado.

4.- Dado que la cuestión planteada en el recurso de apelación reviste una naturaleza eminentemente jurídico sustantiva, pues no se cuestionan aspectos fácticos relevantes, procede anular la sentencia de la Audiencia Provincial, asumir la instancia y dictar nueva sentencia en la que se resuelva el recurso de apelación, tomando en consideración las alegaciones formuladas en el recurso de casación.

#### **Nueva sentencia**

**QUINTO.-** *Recurso de apelación*

En el recurso de apelación se cuestiona que la sentencia haya considerado que la consecuencia de la falta de transparencia sobre un elemento esencial como es el interés que devenga el préstamo, al haberse introducido una «**cláusula** suelo» de la que no se advirtió debidamente a los prestatarios, sea la anulabilidad del contrato. Los recurrentes sostienen que la falta de transparencia determina la nulidad absoluta de la **cláusula** suelo y, por tanto, no susceptible de subsanación por convalidación o novación.

**SEXTO.-** *Decisión del tribunal. La falta de transparencia de la **cláusula** suelo determina su nulidad absoluta por tener carácter abusivo. No es posible su convalidación*

1.- El juzgado admitió que la **cláusula** suelo adolecía de falta de transparencia. El préstamo en que se subrogaron los demandantes les fue ofertado como préstamo con interés variable, con un determinado diferencial sobre el índice de referencia, pero en uno de los incisos de la escritura se establecía un suelo del 3%. Los demandantes tampoco habían recibido, con la necesaria antelación, una oferta vinculante en la que se advirtiera adecuadamente de dicha estipulación y de sus consecuencias, puesto que el documento que recoge la oferta vinculante tiene la misma fecha que la escritura de compra de la vivienda y subrogación en el préstamo hipotecario.

Por estas razones, expuestas resumidamente, la **cláusula** suelo , que tiene una incidencia importante en la posición jurídica y económica de las partes, pues en la práctica convirtió el préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo, carece de transparencia y debe considerarse abusiva.

Este tribunal ha establecido una doctrina estable sobre la transparencia exigida en este tipo de **cláusulas**, que arranca de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y tiene como último exponente la 367/2017, de 8 de junio , a la que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. Conforme a dicha doctrina, es correcta la apreciación de falta de transparencia que ha realizado el Juzgado de Primera Instancia.

2.- Sin embargo, no son correctas las consecuencias que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ha anudado a la falta de transparencia de dicha **cláusula**.

En la sentencia 367/2017, de 8 de junio , declaramos:





«No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.

»Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la **cláusula** y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

»Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la **cláusula** no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la **cláusula** controvertida, la pervivencia del contrato sin esa **cláusula** y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la **cláusula** abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses».

**3.-** Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la **cláusula** abusiva ( art. 6.1 de la Directiva 93/13 ). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

**4.-** Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor.

La STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 , caso Banesto, en sus párrafos 41 y siguientes, declaró que con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. A la luz de estos principios, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una **cláusula** contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una **cláusula** contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

La STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 , caso Pannon, declaró en su párrafo 23 que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una **cláusula** contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha **cláusula**».

Este Tribunal Supremo ha asumido esta jurisprudencia comunitaria y en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , párrafos 110 y siguientes, declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales.

**5.-** Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato ( sentencia 654/2015, de 19 de noviembre , y las que en ella se citan).

**6.-** La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la **cláusula** suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la **cláusula** suelo no ha quedado subsanada.

**7.-** El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil , en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé:

«La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

**8.-** Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su



origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía.

La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.

**9.-** En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una **cláusula** de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la **cláusula** cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal **cláusula** y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

**10.-** Lo expuesto determina que proceda estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimar la pretensión principal formulada en la demanda.

#### **SÉPTIMO** .- *Costas y depósitos*

**1.-** La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial imposición de las causadas en los recursos extraordinarios de los que ha conocido esta sala. Tampoco procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, dado que la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que no proceda resolver el recurso de casación.

**2.-** La estimación del recurso de apelación comporta que tampoco se haga expresa imposición de las causadas en este recurso.

**3.-** La estimación plena de la demanda lleva consigo la condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia.

**4.-** Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol , contra la sentencia 286/2014 de 30 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en el recurso de apelación núm. 251/2014 . **2.º-** Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, acordamos: **2.1.-** Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 266/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona, que revocamos. **2.2.-** Estimar plenamente la demanda interpuesta por D. Felipe y D.<sup>a</sup> Marisol contra Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU. **2.3.-** Declarar la nulidad, por tener el carácter de **cláusula** abusiva, de la condición general de la contratación que contiene la **cláusula** suelo, **cláusula** cuarta, apartado D, apartado cuarto, de la escritura de 13 de febrero de 2009, de compraventa con subrogación de hipoteca y novación. **2.4.-** Condenar a Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario y a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado en aplicación de la referida **cláusula** (sea en el 3%, sea en el 2,5% de suelo), con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico. **3.º-** No hacer expresa imposición de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ni del recurso de apelación. Condenamos a Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU al pago de las costas de primera instancia. Devuélvase al recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos. 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.