



Roj: **STS 2080/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2080**

Id Cendoj: **28079110012022100417**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2022**

Nº de Recurso: **5159/2018**

Nº de Resolución: **421/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2222/2018,**
STS 2080/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 421/2022

Fecha de sentencia: 24/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5159/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 5159/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 421/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 24 de mayo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 461/2018 de 11 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 43/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de las Palmas de Gran Canaria, sobre nulidad de cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

Es parte recurrente Caixabank S.A., representado por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Alberto Rodríguez García.

Es parte recurrida D.^a Tatiana, representada por la procuradora D.^a Mercedes Pérez García y bajo la dirección letrada de D. Antonio García Giralda Ruiz.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Ramses Alfonso Ojeda Díaz, en nombre y representación de D.^a Tatiana, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que declare;

" 1. La nulidad de la cláusula de interés variable vinculado con la evolución del IRPH para préstamos hipotecarios a más de tres años para cajas de ahorro (tipo de referencia), promovida en base a la infracción de las condiciones generales de contratación y por albergar una manifiesta abusividad intrínseca, la cual está redactada en los siguientes términos:

" - Página 36 y ss. de la escritura: Apartado A.- Fase correspondiente a la parte acreditada otorgante de la escritura: Tercera Fase:

" Punto d) Índice de Referencia Adoptado.- "Es el "TIPO MEDIO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A MÁS DE TRES AÑOS DE CAJAS DE AHORROS" que se publican por el banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado..."

" Punto e) índice de Referencia Sustitutivo.- "No obstante, en el supuesto de que en la fecha de establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a la tercera fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el índice de Referencia Adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará el "TIPO ACTIVO DE REFERENCIA DE LAS CAJAS DE AHORRO"..."

" - Página 46 y ss. de la escritura: Apartado B.- Fase correspondiente a la parte acreditada subrogada de la escritura: Segunda Fase:

" "La segunda fase comprenderá desde el día siguiente al de finalización de la primera hasta el día de vencimiento final del crédito, subdividiéndose a su vez en periodos de revisión sucesivos de intereses fijos de duración semestral contados de fecha a partir del inicio de la presente fase.

" Serán también de aplicación para la parte acreditada subrogada el tipo de interés nominal definido para la tercera fase correspondiente a la parte deudora otorgante así como, en consecuencia, el índice de Referencia consistente en el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" y demás especificaciones pactadas respecto del mismo en relación con su publicación, tipo de referencia sustitutivo, circunstancias de la aplicación..."

" 2. Subsidiariamente, nulidad de las señaladas cláusulas, en este caso por concurrir vicio del consentimiento, derivado de la total desinformación generada por la entidad demandada en el proceso de contratación, al omitir aspectos esenciales relativos a las condiciones financieras.

" 3. Se declare como tipo de referencia aplicable a los periodos de disposición computados desde el 6 de octubre de 2006 y hasta la actualidad, el EURIBOR para préstamos hipotecarios a más de tres años, incrementado en el diferencial pactado según escritura.

" 4. Se condene a la entidad demandada a pasar y acatar las declaraciones anteriores.

" 5. Y, de forma acumulada a lo anterior, se condene a la entidad demandada a restituir íntegramente a mi patrocinada la totalidad de los intereses percibidos que excedan del que proceda determinar en función del EURIBOR para préstamos hipotecarios a más de tres años, incrementado en el "diferencial pactado, desde el 6 de octubre de 2006 y hasta la actualidad".

" Todo ello con expresa condena en costas a la demandada".



2.- La demanda fue presentada el 16 de enero de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de las Palmas de Gran Canaria, fue registrada con el núm. 43/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Elisa Colina Naranjo, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia 126/2017, de 26 de junio, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Tatiana y la representación de Caixabank S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 772/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 461/2018 de 11 de julio, cuyo fallo dispone:

"Estimar el recurso de apelación interpuesto por doña Tatiana, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de las Palmas de Gran Canaria de 26 de junio de 2017 en el Juicio Ordinario 43/17, y en su lugar, con estimación sustancial de la demanda, declaramos la nulidad de la cláusula de intereses prevista en la escritura de 4 de septiembre de 2005 (a la que se refiere la escritura de 6 de octubre de 2006) para la tercera fase y la "parte acreditada subrogada" que se ha examinado a lo largo de esta sentencia, declarando como tipo de referencia aplicable a los periodos de disposición computados desde el 6 de octubre de 2006 el Euribor a un año (para préstamos hipotecarios a más de tres años) incrementando en un punto, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a que restituya a la demandante la totalidad de los intereses percibidos que excedan del que proceda determinar en función del Euribor a un año (para préstamos hipotecarios a más de tres años) incrementado en un punto, desde el 6 de octubre de 2006, con devengo del interés legalmente previsto en el art. 1303 del Código Civil (desde las fechas de cada disposición) hasta la fecha del cobro. Se imponen las costas de la primera instancia a la entidad de crédito demandada. No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada".

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

1.- La procuradora D.^a Elisa Colina Naranjo, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3º de la LEC, por vulneración, por la sentencia a quo, de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo 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/inclusión) [...] Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación".

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 9 de diciembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.^a Tatiana se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo de 2022 y se acordó igualmente:

"En el plazo de diez días las partes podrán formular alegaciones que estimen convenientes respecto de lo resuelto en los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, dictados en los asuntos C-655/2020 y C-79/2021 en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona y por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Ibiza respectivamente".

5.- Caixabank ha presentado escrito en el que evacúa el trámite de audiencia concedido, y la deliberación, votación y fallo del recurso se celebró el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes del caso**

1.- El 6 de octubre de 2006, D.^a Tatiana suscribió una escritura pública de compraventa de una vivienda que le fue vendida por la promotora Nebrina AM S.L. (en lo sucesivo, Nebrina). Para pago del precio aplazado, la compradora se subrogó en la posición deudora de Nebrina en el contrato de crédito con garantía hipotecaria que Nebrina había suscrito con Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank) en la escritura otorgada el 14 de septiembre de 2005, de la que la compradora reconoció haber recibido copia.

2.- La escritura de 14 de septiembre de 2005 suscrita entre Caixabank y Nebrina documentaba un crédito con garantía hipotecaria concedido al promotor inmobiliario para la financiación de la construcción de un edificio en régimen de propiedad horizontal, con previsión de subrogación de los compradores de las distintas viviendas y anexos. La cláusula que regulaba el interés remuneratorio tenía una primera parte que regulaba el interés remuneratorio durante el periodo en que la promotora fuera la parte acreditada, y una segunda parte que regulaba el interés remuneratorio a partir del momento en que los compradores de las diferentes viviendas se subrogaran en uno de los créditos en los que se dividía el concedido originariamente a la promotora. En cada una de estas partes se regulaba una primera fase, en que el interés era fijo, y una segunda parte, en la que el interés era variable. Se establecía cuál era el tipo de interés de los periodos fijos y el sistema de determinación del tipo de interés en los periodos variables. Este último se obtenía sumando un diferencial al índice de referencia. Respecto de este último, se establecía un índice de referencia principal y otro sustitutivo, para el caso de desaparición del principal. El diferencial tenía distintos valores según se tratara de la primera o de las sucesivas disposiciones del crédito y según se aplicara el índice de referencia principal o el sustitutivo.

Asimismo, se otorgaba a los subrogados la posibilidad de elección entre dos índices de referencia principales. Uno de ellos era el Euribor a un año y el otro era el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro. El diferencial también variaba según se optara por uno u otro de estos índices de referencia.

También se regulaba cómo se comunicaría a los acreditados los sucesivos valores del índice de referencia, a medida que hubiera que revisar el interés variable, cómo podían los acreditados comunicar a la entidad financiera su disconformidad con la revisión, etc.

3.- La compradora de una de estas viviendas, que se había subrogado en el crédito hipotecario correspondiente a su vivienda, interpuso una demanda en la que solicitó que se declarara la nulidad de la cláusula de interés variable vinculado con la evolución del IRPH y el interés sustitutivo de este (que era el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro que se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España), por aplicación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, y se declarara que el interés variable era el resultado de sumar al Euribor el diferencial pactado. Subsidiariamente, solicitó la nulidad de esa cláusula por vicio del consentimiento.

4.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque la cláusula era transparente en lo relativo a la fijación como índice de referencia del IRPH y no procedía controlar la abusividad del índice en sí, que era supervisado por el Banco de España. También desestimó la acción de nulidad por vicio del consentimiento ejercitada de forma subsidiaria.

5.- La demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó la demanda. La Audiencia Provincial declaró que, aunque no aceptaba que la cláusula fuera nula por establecer el IRPH como índice de referencia, sin embargo, la cláusula que regulaba el interés remuneratorio no superaba el control de transparencia por su complejidad (distintos tipos de interés para distintos periodos, distintos índices de referencia con la posibilidad de optar entre uno y otro, etc.), lo que determinaba su falta de claridad y comprensibilidad, de lo que sería corolario la carta remitida por Caixabank a la demandante con motivo de la desaparición de los índices oficiales referidos al IRPH previstos en la cláusula. Por tal razón declaró "la nulidad de la cláusula de intereses" para la tercera fase y la parte acreditada subrogada y estableció "como tipo de referencia aplicable a los periodos de disposición computados desde el 6 de octubre de 2006 el Euribor a un año (para préstamos hipotecarios a más de tres años) incrementando en un punto".

6.- La demandada ha interpuesto un recurso de casación basado en un solo motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- Formulación del recurso

1.- En el encabezamiento del motivo se citan como infringidos los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la jurisprudencia sobre los requisitos para la válida incorporación al contrato de dichas condiciones generales.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega que la cláusula cuestionada es similar a la considerada válida en una sentencia anterior de esta sala. Que la extensión de la cláusula y la distinción en ella de distintos



periodos, con distintos tipos de interés, diferentes índices, no permite anularla por no superar el control de incorporación. Que la posibilidad de optar entre el IRPH y el Euribor no solo no impide que la consumidora conozca la carga económica, sino que le beneficia, puesto que le permitió, cuando se subrogó en el crédito hipotecario, escoger como índice de referencia el Euribor.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: la complejidad del régimen contractual del interés remuneratorio no determina necesariamente que la cláusula que lo regula no supere el control de incorporación*

1.- Como primera cuestión, la lectura de la sentencia de la Audiencia Provincial lleva a la conclusión de que ha aplicado el control de transparencia documental o control de incorporación a la cláusula que regula el interés remuneratorio del crédito hipotecario (la sentencia se refiere a "la falta de transparencia, desde la perspectiva de la literalidad y la inclusión en el contrato"). De ahí que haya recurrido a los criterios de claridad y comprensibilidad de la cláusula para hacer el enjuiciamiento.

2.- El control de inclusión o de incorporación tiene por objeto valorar si concurren los requisitos necesarios para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante dicho control se comprueba que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

3.- La Ley de Condiciones Generales de la Contratación se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

4.- De la aplicación conjunta de estos preceptos resulta, en lo que aquí interesa, que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

5.- Ahora bien, no debe confundirse la claridad, concreción y sencillez de la redacción de la cláusula con la claridad, concreción y sencillez de la regulación contenida en la misma. Los requisitos del control de inclusión o incorporación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no suponen que queden proscritas las regulaciones negociales complejas.

6.- En las sentencias 688/2015, de 15 de diciembre, 402/2017, de 27 de junio, y 322/2018, de 30 de mayo, en las que se cuestionaba también el control de incorporación de una condición general de la contratación, advertimos que "la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida".

7.- Debemos, pues, examinar si la cláusula cuestionada cumple los requisitos del control de inclusión en atención a lo que es objeto de contratación (un crédito hipotecario concedido a una promotora para la financiación de una promoción inmobiliaria con posibilidad de subrogación de los compradores) y a la complejidad de lo que se pretende regular con la cláusula controvertida.

8.- La cuestión regulada por la cláusula controvertida es realmente compleja: se trata de un crédito hipotecario que, en primer lugar, debe servir para financiar una promoción inmobiliaria y, en un segundo momento, para financiar la compra de las distintas viviendas por el comprador que desee subrogarse en la parte del crédito hipotecario correspondiente a la vivienda adquirida; en cada una de estas fases se prevé un primer periodo a tipo fijo y uno posterior a interés variable; se prevén los sistemas de determinación del interés variable, con establecimiento de un índice de referencia principal y otro sustitutivo, y de distintos diferenciales según se tratara de la primera o de ulteriores disposiciones del crédito, y de uno u otro diferencial; se otorga a los compradores subrogados la posibilidad de elegir entre distintos índices de referencia (simplificando, IRPH o Euribor), con distintos diferenciales; se regula cómo se comunicaría a los acreditados las variaciones del índice de referencia durante la vida del préstamo y cómo podían los acreditados comunicar a la entidad financiera su disconformidad con la variación del interés, etc.

9.- Algunas de las características reseñadas, que contribuyen a provocar la complejidad del régimen de interés remuneratorio, constituyen ventajas para el comprador de la vivienda, como la posibilidad de optar entre varios índices de referencia, lo que permitió a la demandante optar por la aplicación del Euribor.

10.- Teniendo en cuenta lo anterior, la complejidad de la cláusula no deriva de que se haya optado por una redacción innecesariamente oscura, sino principalmente de la propia complejidad del contrato, más concretamente, de la propia complejidad del régimen del interés remuneratorio, en parte por las ventajas ofrecidas al comprador de vivienda que se subrogara en el crédito hipotecario (posibilidad de optar entre distintos índices de referencia, determinación precisa de los medios para conocer la variación del índice de referencia y para comunicar a la entidad financiera que no aceptaba la variación del tipo de interés).



11.- Es cierto que algunos términos o expresiones utilizados por Caixabank podían haber sido simplificados. Pero esta sola posibilidad, cuando la complejidad proviene principalmente del objeto de la cláusula y no de la forma en que está redactada, no puede determinar una consecuencia tan drástica como considerar no incorporado a un contrato de crédito hipotecario la cláusula que regula el interés remuneratorio.

CUARTO.- *Costas y depósito*

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

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 Caixabank S.A. contra la sentencia 461/2018 de 11 de julio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 772/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.^a Tatiana contra la sentencia 126/2017, de 26 de junio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y condenar a la demandante 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.