



Roj: **STS 3135/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3135**

Id Cendoj: **28079110012019100506**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2019**

Nº de Recurso: **2988/2017**

Nº de Resolución: **537/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1929/2017,**
STS 3135/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 537/2019

Fecha de sentencia: 10/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2988/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2988/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 537/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 10 de octubre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D. Juan Francisco y D.^a Rosaura , representados por la procuradora D.^a María del Carmen Ramos Aladueña bajo la dirección letrada de D. Manuel Pérez Peña, contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2017 por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 7360/2016 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 686/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla sobre nulidad de 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. Javier Domínguez Rodríguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de marzo de 2014 se presentó demanda interpuesta por D. Juan Francisco y D.^a Rosaura contra Caixabank S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1) DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA sita en el folio QB0910723 reverso de las escrituras donde existe una cláusula 3.- que establece lo siguiente: "Los intereses a aplicar no podrán ser superiores al 15% nominal anual ni inferiores al 3,95% nominal anual".

"2) CONDENE A LA DEMANDADA AL PAGO DE LAS COSTAS CAUSADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, dando lugar a las actuaciones n.º 686/2014 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y planteó con carácter previo a la contestación las excepciones de litispendencia, subsidiariamente prejudicialidad civil, solicitando el sobreseimiento o, subsidiariamente, la suspensión del procedimiento

Por diligencia de ordenación de 23 de julio de 2014 se tuvo por personada a la demandada y se acordó que las cuestiones planteadas se resolverían en la audiencia previa. Seguidamente la demandada contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, en la que la parte demandada renunció a las excepciones planteadas, como la única prueba fuese la documental, el juez de adscripción territorial adscrito al mencionado juzgado dictó sentencia el 28 de marzo de 2016 con el siguiente fallo:

"Que, ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Juan Francisco Y D.^a Rosaura , frente a CAIXABANK S.A.

"1.- Declaro la nulidad, por no cumplir los requisitos de inclusión ni de claridad, de la cláusula contenida en la Escritura Pública de compraventa y subrogación de **préstamo** hipotecario otorgada el 16-9-08 ante el Notario D. Bartolomé Martín Vázquez, registrada con el número 1691 de su protocolo, concretamente en el punto 3 de la cláusula TERCERA BIS cuyo contenido literal es el siguiente:

""TERCERA BIS - TIPO DE INTERES VARIABLE (...) 3.- Los intereses a aplicar no podrán ser superiores al 15% nominal anual, ni inferiores al 3,95% nominal anual."

" 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 deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde su constitución (que serán calculados 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 del presente procedimiento a la parte demandada".

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 7360/2016 de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla , esta dictó sentencia el 5 de junio de 2017 con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso interpuesto por el Procurador Don Mauricio Bordillo Alcalá, en nombre y representación de CAIXABANK, S.A., contra lo sentencia dictada el día 28 de marzo de 2.016 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla , debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don José Manuel



Claro Parra, en nombre y representación de Don Juan Francisco y Doña Rosaura, contra la apelante, absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias".

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, compuesto de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1, 5 y 7 LCGC, 3.2 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, 10.1 a) LDCU 1984, 82 TRLDU 2007, la OM mayo de 1994 y el art. 48.2 Ley 41/2007, y en oposición a la jurisprudencia de esta sala sobre la nulidad de las cláusulas suelo en **préstamos** hipotecarios.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, la parte recurrida presentó escrito de fecha 30 de noviembre de 2018 solicitando se le tuviera "por allanada frente al recurso presentado de contrario sin imposición de costas".

Dado traslado a la parte recurrente, esta presentó escrito de fecha 17 de diciembre de 2018 en el que manifestaba su conformidad con el allanamiento y pedía la estimación íntegra de la demanda y la imposición al banco de las costas del recurso y de las instancias.

Por auto de 10 de abril de 2019 el recurso de casación fue admitido.

SÉPTIMO.- Por providencia de 30 de septiembre 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 9 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los prestatarios demandantes recurren en casación 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 habían subrogado era transparente.

Los antecedentes relevantes son los siguientes:

1.- El 16 de septiembre de 2008 D. Juan Francisco y D.ª Rosaura suscribieron con la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de San Fernando, Jerez y Sevilla, Cajasol (ahora Caixabank S.A.) escritura de compraventa y subrogación en el **préstamo** con garantía hipotecaria suscrito por la vendedora (Inversiones Alberche, S.L.), el cual estaba sujeto a interés variable e incluía una cláusula suelo (TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, apdo 3.) por la que se preveía que dicho interés en ningún caso sería inferior al 3,95 % (folio 8R1811387 vuelto).

2. Con fecha 17 de mayo de 2014 los prestatarios demandaron a Caixabank S.A. pidiendo que se declarase la nulidad, por abusiva, de la referida cláusula y se condenara en costas a la entidad demandada, pero no reclamaron la restitución de las cantidades pagadas en exceso en virtud de la cláusula nula, indicándose a este respecto en el hecho séptimo de la demanda lo siguiente:

"SÉPTIMO.- CANTIDADES ABONADAS EN EXCESO POR APLICACIÓN DE DICHA CLÁUSULA.

"Esta parte se reserva de manera expresa la posibilidad de accionar contra la entidad demandada en reclamación de las cantidades abonadas con carácter previo a la presentación de la demanda, ello una vez que por parte del Juzgado se haya declarado la nulidad de dicha cláusula".

3. La sentencia de primera instancia, diciendo estimar totalmente la demanda, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo y condenó a la entidad demandada a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación, más sus intereses legales desde la fecha del emplazamiento, y al pago de las costas procesales.

4. Contra dicha sentencia la entidad demandada interpuso recurso de apelación defendiendo la validez de la cláusula y, en todo caso, la improcedencia de que su nulidad tuviera efectos retroactivos, solicitando por ello la desestimación de la demanda con condena en costas a la parte demandante.

Los prestatarios se opusieron al recurso al considerar que la cláusula suelo era nula y que los efectos restitutorios debían ser retroactivos, y pidieron que se confirmara la sentencia de primera instancia con imposición de las costas de la segunda instancia a la apelante.

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) Caixabank no intervino en la subrogación más que para consentirla, por lo que no se la 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 sobre las características y elementos del **préstamo** hipotecario, pues este deber de información incumbía a la promotora; y (ii) consecuencia de ello es que la cláusula suelo fuese válida, por incorporarse válidamente al **contrato** y haber podido ser conocida por los compradores con antelación al otorgamiento de la escritura.

6. El demandante interpuso recurso de casación por existencia de interés casacional sobre esta cuestión jurídica. La entidad bancaria recurrida se ha allanado al recurso aunque interesando que no se le impongan las costas del mismo ni las de las instancias.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 1, 5 y 7 LCGC, 3.2 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, 10.1 a) LDCU 84, 82 TRLDCU 2007, la OM de mayo de 1994 y el art. 48.2 de la Ley 41/2007, así como en oposición a la jurisprudencia de esta sala (con cita de las sentencias de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015) sobre la nulidad de las cláusulas suelo en **préstamos** hipotecarios. Termina solicitando que "se case y anule la resolución impugnada y, resolviendo sobre el fondo, declare la nulidad de la cláusula".

La entidad recurrida ha manifestado su allanamiento al recurso, pero pidiendo que no se la condene en costas.

TERCERO.- Para la resolución del presente recurso debe estarse a lo que resolvió en un caso sustancialmente semejante la sentencia 186/2019, de 26 de marzo pues, como ahora, también entonces Caixabank, S.A. se allanó a un recurso de casación en el que la parte demandante-recurrente solo había interesado de esta sala que se declarase la nulidad de la cláusula suelo pese a haber pedido explícitamente, al oponerse al recurso de apelación del banco, que se confirmara la sentencia de primera instancia en su integridad y, por lo tanto, también en cuanto a los efectos restitutorios acordados de oficio.

La sentencia 186/2019 declaró lo siguiente:

"Allanada la parte recurrida al recurso de casación, procede estimarlo en cuanto a su petición de nulidad, por tener también el allanamiento relevancia en casación (sentencias 74/2017, de 8 de febrero , 475/2017, de 20 de julio , y 294/2018, de 23 de mayo) y, además, confirmar la sentencia de primera instancia también en cuanto a los efectos restitutorios de la nulidad, pues aunque nada se pida formalmente al respecto en el escrito de interposición del recurso de casación, el hoy recurrente no solo se conformó con dichos efectos restitutorios, desistiendo así implícitamente de reservar la cuestión para un pleito posterior, sino que además pidió explícitamente su confirmación al oponerse al recurso de apelación de la entidad demandada. A esto se une que dichos efectos restitutorios se corresponden con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y con la jurisprudencia de esta sala posterior a la misma a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero , que en materia de nulidad de cláusulas abusivas deben ser aplicadas sin necesidad de diferir la cuestión a un litigio posterior".

CUARTO.- 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.

Conforme al art. 398.1 LEC en relación con su art. 394.1 LEC, procede imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado. Por tanto, la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad incluye la condena en costas de la primera instancia a la parte demandada conforme al criterio fijado por esta sala a partir de la sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio.

Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 los demandantes D. Juan Francisco y D.ª Rosaura contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2017 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 7360/2016.

2.º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

4.º- Imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia.



5.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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