



Roj: **STS 4162/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4162**

Id Cendoj: **28079110012019100658**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2019**

Nº de Recurso: **1466/2017**

Nº de Resolución: **675/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 180/2017,**  
**STS 4162/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 675/2019**

Fecha de sentencia: 17/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1466/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada Sección 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1466/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 675/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



D. Juan Maria Diaz Fraile

En Madrid, a 17 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granada. El recurso fue interpuesto por Domingo, representado por la procuradora Patricia González Morales y bajo la dirección letrada de Juan Carlos Centeno Hernández. Es parte recurrida la entidad Bankia S.A. (sucesora de la entidad Banco Mare Nostrum S.A.), representada por el procurador Francisco de Asís San Frutos Prieto y bajo la dirección letrada de Laura Palomino Torres y Álvaro Alarcón Dávalos.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Patricia González Morales, en nombre y representación de Domingo, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granada, contra la entidad Banco Mare Nostrum S.A., para que dictase sentencia por la que:

"1. Se declare la nulidad de la cláusula del **contrato** de **préstamo** hipotecario de ocho de marzo de 2010 manteniéndose la vigencia de los mismos sin la aplicación del límite del suelo 3,50% fijado en aquel.

"2. Se le condene junto a la nulidad a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del **préstamo** hipotecario suscrito y que regirá en los sucesivos, contabilizando el parcial que debió ser amortizado, siendo dicho petitum la solicitud de un pronunciamiento que acompañe al de la nulidad de la cláusula.

"3. Condene a la entidad a la devolución de las cláusulas que se hubieran cobrado como consecuencia de la condición declarada nula de acuerdo con las bases explicadas ut supra a determinar en ejecución de sentencia conforme a la normativa y doctrina aplicable.

"Y con expresa imposición de las costas generadas a la parte demandada".

2. El procurador Javier Gálvez Torres-Puchol, en representación del Banco Mare Nostrum S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"Desestimando íntegramente las pretensiones contenidas en aquella y absolviendo a mi representada de los pedimentos contra ella formulados, con expresa imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granada dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando el suplico de la demanda presentada por el procurador Patricia González Morales, actuando en nombre y representación de Domingo, contra Banco Mare Nostrum, representado por el procurador Javier Gálvez Torres Puchol, debo:

1.- Declara la nulidad de pleno derecho de la estipulación quinta contenida en la escritura de compraventa con subrogación en **préstamo** hipotecario, otorgado en fecha 8 de marzo de 2010, y en concreto del párrafo donde se fija que "en cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,50% nominal anual, y un máximo del 14% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca".

"2.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla.

"3.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del **préstamo** hipotecario sin la cláusula suelo, y devolver el exceso de intereses cobrado desde 9 de mayo de 2013 en consonancia con la "doctrina fijada" por la sentencia de pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015.

"4.- Condenar a la entidad demandada al pago de las costas de este procedimiento".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Mare Nostrum S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada, mediante sentencia de 7 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallo: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de Banco Mare Nostrum S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 7 de Granada en juicio ordinario seguido con el n.º 1461/2015, de fecha 28 de septiembre de 2016, que se revoca parcialmente únicamente en cuanto se dejan sin efecto los apartados 3 y 4 del fallo de la sentencia recurrida y se estima parcialmente la demanda, confirmando sus restantes pronunciamientos.

"No procede efectuar expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

"Devuélvase el depósito constituido a la apelante".

### **TERCERO.** *Tramitación e interposición del recurso de casación*

1. La procuradora Patricia González Morales, en representación de Domingo, interpuso recurso de casación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada fundado en un solo motivo.

"1.º) Infracción por aplicación indebida del artículo 1208 CC, en relación con los arts. 1256 y 1303 a 1311 CC".

2. Por diligencia de ordenación de 4 de abril de 2017, la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.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 Domingo representado por el procurador Iñigo Muñoz Durán y como parte recurrida la entidad Bankia S.A., representada por el procurador Francisco de Asís San Frutos Prieto.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Domingo contra la sentencia dictada, el día 7 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Granada (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 604/2016, dimanante de juicio ordinario n.º 1461/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada".

5. Dado traslado, la representación procesal de Bankia S.A. 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 27 de noviembre de 2019, 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.

Mediante escritura pública de 8 de marzo de 2010, Domingo se subrogó en un **préstamo** hipotecario por importe de 118.000 euros, concedido por Caja Granada, en el que el interés era variable, aunque contenía una cláusula que establecía un límite inferior y otro superior a la variabilidad del interés:

"en cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria venga obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,50% nominal anual, y un máximo al 14% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca".

Posteriormente, a instancia del Sr. Domingo y fruto de una negociación, la Caja y el Sr. Domingo firmaron un documento privado de fecha 4 de enero de 2011, cuyo único objeto era reducir el límite inferior (cláusula suelo) al 2,75%.

2. Domingo, en la demanda que dio inicio al presente procedimiento, pidió la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo insertada en el **contrato** de 8 de marzo de 2010, que fijaba el límite inferior a la variabilidad del interés en el 3,50%. Además de que se dejara sin efecto, pedía que se recalculara el cuadro de amortización del **préstamo** y se condenara a la entidad bancaria demandada a devolver las cantidades que hubiera cobrado en aplicación de la cláusula suelo.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, al apreciar la falta de transparencia de la cláusula suelo del **contrato** de 8 de marzo de 2010. En cuanto a la modificación de la cláusula suelo mediante acuerdo privado de 4 de enero de 2011, el juzgado, si bien reconoce que se modificó a instancia del prestatario, entiende que la reducción no fue fruto de una negociación, sino de una concesión graciosa por parte del banco, por lo que extiende la nulidad también a esta modificación. La sentencia de primera instancia, después de declarar la



nulidad de la cláusula suelo, condena a la entidad demandada a eliminarla, a recalcular las cuotas del **préstamo** hipotecario sin la cláusula suelo y a devolver el exceso de los intereses cobrados desde el 9 de mayo de 2013.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por el banco demandado y la Audiencia estima en parte el recurso. Confirma la nulidad de la cláusula suelo inserta en la escritura de subrogación en el **préstamo** hipotecario de 8 de marzo de 2010, por falta de transparencia. Pero entiende que el **contrato** privado de 4 de enero de 2011, cuyo único objeto era reducir el límite inferior (cláusula suelo) al 2,75%, se concertó a instancia del prestatario y fue fruto de una negociación. De forma que el prestatario aceptó esta nueva estipulación "con conocimiento sobre su función económica y jurídica". En consecuencia, concluye:

"La censura de nulidad, que existió en el **contrato** de origen, sin discutirlo la apelante, no puede extenderse ni mantenerse para la segunda cláusula que hasta el momento, como se establece en la demanda, ha sustituido a la inicial, haciendo desaparecer sus efectos por la novación modificativa reseñada.

"Tal novación, que afecta al elemento de la obligación que ha quedado alterado, y a las consecuencias que de semejantes cambios derivan, no puede obviarse, y en ningún caso puede entenderse que convalida una estipulación inicial nula, cuando lo que hace es dejarla inoperativa, y sustituirla por otra".

Confirma la nulidad de la originaria cláusula suelo del **contrato** de 8 de marzo de 2010, pero reconoce validez al pacto privado que modificó la cláusula suelo.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante, sobre la base de un solo motivo.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 1208 CC, según el cual "la novación es nula si lo fuera 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". Esta infracción se pone en relación con los art. 1256 y 1303 a 1311 CC.

En el desarrollo del motivo razona que "no puede considerarse que un acto nulo desde el inicio (...) pueda ser convalidado por actos posteriores, sin que el acuerdo a que alude la demandada pueda ser calificado como acto dispositivo válido a los efectos de convalidar una cláusula nula en origen".

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

2. *Desestimación del motivo.* La sentencia recurrida entiende que la modificación de la cláusula suelo, mediante el **contrato** privado de 4 de enero de 2011, cuyo único objeto era reducir el límite inferior (cláusula suelo) al 2,75%, fue fruto de una negociación y es válida, si bien no sana la nulidad de la cláusula suelo modificada, que fue introducida en la escritura de 8 de marzo de 2010 con falta de transparencia y que no puede producir efecto alguno.

Este pronunciamiento no sólo no contradice la jurisprudencia de la sala, sino que se alinea con lo resuelto en supuestos similares, por ejemplo en la sentencia 489/2018, de 13 de septiembre.

También en ese caso, que opera como precedente, partíamos de la nulidad de la cláusula suelo concertada en un previo **contrato** de **préstamo** hipotecario, como consecuencia de apreciar que no se cumplían las exigencias de transparencia, de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril. Y, al igual que en el presente caso, no se discutía que el efecto de esta nulidad "conforme al principio de efectividad consagrado en el art. 6.1 de la Directiva, sería que la cláusula no vincule al consumidor, esto es, que se tuviera por no puesta. Consiguientemente, si se hubiera llegado a aplicar, que no es el caso, deberían restituirse las cantidades indebidamente cobradas en ejecución de esa cláusula".

La cuestión controvertida suscitada en aquel precedente coincide con la del presente recurso: "en qué medida esta nulidad puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite a la variabilidad inferior. Esto es: si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia". Razón por la cual, seguiremos el mismo criterio.

3. En la reseñada sentencia 489/2018, de 13 de septiembre, declaramos que el efecto de la nulidad de la cláusula suelo introducida en el **contrato** de **préstamo** hipotecario con falta de transparencia es que la cláusula se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no produzca efectos. En consecuencia, en aplicación del art. 1303 CC, si se hubiera aplicado el límite inferior originariamente convenido a la variabilidad del interés, el banco debería restituir lo cobrado mediante tal aplicación indebida. Pero esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el



empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.

Esta doctrina no contradice lo dispuesto en el art. 1208 CC, porque como hemos declarado en la sentencia 489/2018, de 13 de septiembre, y reiterado en la sentencia 548/2018, de 5 de octubre, "la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del **préstamo** hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida", razón por la cual no se ve afectado por el art. 1208 CC.

#### **TERCERO.** Costas

Desestimado el recurso de casación, se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

#### **FALLO**

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Domingo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) de 7 de febrero de 2017 (rollo 604/2016), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granada de 28 de septiembre de 2016 (juicio ordinario 1461/2015).

2.º Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

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.