



Roj: **STS 2072/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2072**

Id Cendoj: **28079110012022100409**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2022**

Nº de Recurso: **135/2019**

Nº de Resolución: **405/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 3149/2018,**  
**STS 2072/2022,**  
**AATS 9820/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 405/2022**

Fecha de sentencia: 19/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 135/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 135/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 405/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 419/2018 de 13 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 530/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Avilés, sobre nulidad de cláusula no negociada en **contrato** celebrado con consumidores.

Es parte recurrente D. Luis Manuel , representado por la procuradora D.ª María del Pilar Lana Álvarez y bajo la dirección letrada de D. Claudio Alabau Hernández.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Moreno Reitter y bajo la dirección letrada de D. Jesús Riesco Milla.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Pilar Lana Álvarez, en nombre y representación de D. Luis Manuel , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] dicte sentencia por la cual:

" 1º) Se declare la nulidad de la cláusula que establece la perduración de la aplicabilidad al **préstamo** del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular, en el caso de interrupción durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo y por ello la inmediata cesación en su aplicación.

" Condenando a la entidad demandada, a devolver a mis mandantes el total de las cantidades cobradas en aplicación del tipo de interés nominal anual, desde que dejare de aplicarse el IRPH Cajas y el CECA pactados, más los intereses legales correspondientes y devengados desde cada una de las cuotas cobradas indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula desde cada cobro hasta su efectiva devolución.

" Subsidiariamente, para el caso de considerar que es necesario fijar un índice de referencia, un tipo de interés, solicitamos sean sustituidos por el Euribor, estableciendo, de esta forma, como tipo de interés variable del **préstamo**, el Euribor más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos (apartado tercero, bis. D, 0%). Condenando a la entidad demandada, a devolver a mis mandantes la diferencia entre el interés nominal anual aplicado desde que dejare de aplicarse el IRPH Cajas y el CECA pactados, y el Euribor más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos (apartado tercero, bis. D, 0%), más los intereses legales correspondientes y devengados desde cada una de las cuotas cobradas indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula desde cada cobro hasta su efectiva devolución.

" 2º) Se declare la nulidad de la cláusula de los intereses de demora y que establezca como consecuencia el cese de la aplicación de la misma.

" Condenando a la entidad demandada, a devolver a mis mandantes el total de las cantidades cobradas en aplicación de la referida Cláusula y al abono de los intereses legales devengados desde cada cobro hasta su efectiva devolución.

" 3º) Condenando a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a las consecuencias legales devengadas de cada uno de dichos pronunciamientos, y a la expresa condena en costas".

2.- La demanda fue presentada el 25 de octubre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Avilés, fue registrada con el núm. 530/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio Sánchez Avello, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Avilés, dictó sentencia 82/2017 de 29 de mayo, cuyo fallo dispone:

"Estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora D.ª. M.ª. Pilar Lana Álvarez, en nombre y representación de D. Luis Manuel contra la entidad La Caixa, debo declarar la nulidad de la cláusula pacto tercero bis - tipo de interés variable, segunda fase- a su apartado C) que establece la perduración de la aplicabilidad al **préstamo** del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular en el caso



de interrupción durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo y, por ello, la inmediata cesación de su aplicación, debiendo fijar como Índice de referencia el Euribor, siendo por tanto el tipo de interés variable del **préstamo** el Euribor más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos (pacto tercero bis, apartado D) 0%), condenando a la entidad demandada a devolver al actor la diferencia entre el interés nominal anual aplicado desde que dejare de aplicarse el IRPH Cajas y el CECA pactados, y el Euribor más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos (pacto tercero bis, apartado D) 0%) más los intereses legales correspondientes y devengados desde cada una de las cuotas cobradas indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula desde cada cobro hasta su efectiva devolución; declarando igualmente la nulidad de la cláusula de los intereses de demora y, consecuentemente, el cese de su aplicación, condenando a la entidad demandada a devolver al actor el total de las cantidades que se pudieren haber cobrado en aplicación de la referida cláusula y al abono de los intereses legales devengados desde cada cobro hasta su efectiva devolución; más los intereses legales establecidos en el fundamento de derecho cuarto, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 363/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 419/2018 de 13 de noviembre, cuyo fallo dispone:

"Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Sánchez Avello en nombre y representación de la entidad Caixabank S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés en los autos de juicio ordinario nº 530/2016, y en consecuencia, manteniéndola en el resto de pronunciamientos, revocar la citada resolución, declarando nula la cláusula tercera bis, tipo de interés variable segunda fase apartado C), debiendo fijar como índice de referencia el tipo de interés oficial denominado "tipo medio de los **préstamos** hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos, condenando a la entidad apelante a devolver la diferencia a determinar en ejecución de sentencia.

" Y respeto de la nulidad de la cláusula sexta intereses de demora, el interés moratorio ha de ser sustituido por el interés remuneratorio hasta el total pago de la deuda y a devolver las cantidades que pudieren haber cobrado de más en aplicación de la referida cláusula.

" Sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias".

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

1.- La procuradora D.ª María Pilar Lana Álvarez en representación de D. Luis Manuel , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.3 LEC en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3º de la LEC al conculcar la sentencia recurrida la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la regulación establecida en relación a la prohibición de integrar el **contrato** en el caso de nulidad en materia de condiciones generales y de cláusulas abusivas en los **contratos** con consumidores, a menos que el **contrato** no pueda "subsistir sin tales cláusulas".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.3 LEC en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3º de la LEC, al conculcar la sentencia recurrida la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la regulación establecida en relación a la aplicación del mecanismo de integración contractual, mediante la aplicación de la DA. 15ª.3 de la Ley 14/2013, puesto que la sentencia recurrida vulnera lo establecido al respecto, porque dicha integración debe de estar necesariamente condicionada al efecto disuasorio de la declaración de abusividad, sin embargo, en este caso, la solución establecida supondría el vaciamiento del elemento disuasorio de la nulidad".

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 3 de febrero de 2021, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank S.A se opuso al recurso.

4.- La representación de Caixabank S.A. y la representación de D. Luis Manuel presentaron escritos formulando alegaciones al Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021.

5.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de mayo de 2022, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El 26 de mayo de 2006, D. Luis Manuel celebró con la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (actualmente, CaixaBank S.A. en adelante, CaixaBank) un **contrato de préstamo** hipotecario a interés variable, referenciado al índice IRPH Cajas ("tipo medio de los **préstamos** hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por cajas de ahorro") y como índice sustitutivo al CECA ("tipo activo de referencia de las cajas de ahorro"), en el que constaba la siguiente cláusula (tercera bis, apartado C-3.º):

"La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al **préstamo** del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular".

2.- La Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, suprimió tanto el tipo de referencia principal, el IRPH Cajas, como el tipo de referencia sustitutivo, el CECA. Como consecuencia de ello, la entidad prestamista activó la cláusula antes transcrita y comenzó a aplicar al **préstamo** un tipo nominal del 4,046% anual (tipo de referencia de 3,796%, más un diferencial del 0,25%), al ser el último tipo aplicado en el **contrato** durante la subsistencia de los índices suprimidos.

3.- D. Luis Manuel interpuso una demanda contra CaixaBank en la que solicitó la declaración de nulidad por abusiva de la mencionada cláusula, al considerar, resumidamente, que comportaba la conversión de un **préstamo** hipotecario con interés variable en uno con un interés fijo, lo que le perjudicaba por no poder beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés, sin que hubiera recibido información adecuada sobre tal cláusula y, subsidiariamente, si se considerara necesario fijar un índice sustitutivo de referencia, lo fuera el Euribor. Asimismo, solicitó la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios.

4.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de las dos cláusulas controvertidas, fijó como índice sustitutivo de referencia el Euribor y condenó a la demandada a devolver las cantidades cobradas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula relativa a la desaparición del índice sustitutivo, en concreto, le condenó a devolver la diferencia entre lo efectivamente cobrado y lo que se habría cobrado si se hubiera utilizado el Euribor como índice de referencia.

5.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación en el único sentido de declarar que, a partir del 1 de septiembre de 2014, para el cálculo del interés variable resultaba de aplicación el "tipo medio de los **préstamos** hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España [IRPH de Entidades de Crédito], más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos"; y condenar a la demandada a abonar a los demandantes la diferencia entre el interés nominal anual cobrado por ella, desde la fecha de su aplicación, y el interés calculado conforme determina la citada Disposición Adicional, más los intereses legales devengados desde cada una de las cuotas cobradas en aplicación del pacto declarado nulo hasta su efectivo pago.

6.- El demandante ha interpuesto un recurso de casación, que ha sido admitido.

### SEGUNDO.- *Formulación del recurso*

1.- En el primer motivo se alega la infracción de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 10.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el art. 1258.2 del Código Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que la sentencia recurrida vulnera la prohibición de integrar las cláusulas declaradas nulas, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual.

3.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de la Disposición Adicional 15.ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Emprendedores.

4.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que las previsiones de la mencionada Disposición Adicional no se correspondían con las del supuesto enjuiciado y que su aplicación debe estar necesariamente condicionada al efecto disuasorio de la declaración de abusividad.

5.- La conexión entre los argumentos de ambos motivos aconseja su resolución conjunta.

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal: desestimación del recurso*

1.- Las cuestiones planteadas en este recurso han sido ya resueltas en las sentencias 327/2022, de 26 de abril y 339/2022, de 3 de mayo, por lo que reiteraremos la doctrina establecida en estas sentencias.

2.- Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del TJUE que se cita en el motivo, una vez que el juez declara el carácter abusivo de una cláusula, debe excluir su aplicación, puesto que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en **contratos** celebrados con consumidores, impone que tales cláusulas "no vincularán al consumidor" (por todas, sentencias de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53).

3.- Pero también lo es que esa misma jurisprudencia permite que se pueda sustituir la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional supletoria cuando concurren dos requisitos: en primer lugar, que la inaplicación de la cláusula declarada abusiva implique, conforme al Derecho nacional, la anulación del **contrato** en su totalidad y, en segundo lugar, que la anulación de dicho **contrato** exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

4.- Más en concreto, la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18), dictada en un caso de un **contrato** de **préstamo** hipotecario a interés variable con el índice de referencia IRPH, permite expresamente la sustitución de ese índice por el previsto en la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en lo sucesivo, Ley de Emprendedores), al declarar los siguiente:

"Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un **préstamo**, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del **contrato**, siempre que el **contrato** de **préstamo** hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del **contrato** en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

5.- En este caso, concurren ambas circunstancias:

i) El **contrato** de **préstamo** bancario de dinero objeto de litigio es oneroso y esa onerosidad es su causa, puesto que el banco es un prestamista profesional que celebra el **contrato** con ánimo de lucro, por lo que el **contrato** no puede subsistir sin su precio, que son los intereses remuneratorios. Cuando en un **contrato** de **préstamo** se pacta la existencia de intereses remuneratorios, dicha retribución forma parte del elemento esencial del contenido contractual que, a su vez, es la base del consentimiento prestado. La causa del **contrato** oneroso de **préstamo** bancario de dinero celebrado entre las partes viene conformada tanto por la entrega del capital como por el interés remuneratorio, por lo que para decidir sobre la subsistencia del **contrato** ha de atenderse a su objeto y causa en su conjunto ( STJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Perenicová y Perenic*).

(ii) La anulación del **contrato** en su totalidad sería perjudicial para el consumidor, pues perdería la posibilidad de devolver el **préstamo** en el amplio plazo pactado y tendría que reintegrar el capital de una sola vez.

6.- El supuesto al que se refería el **contrato** tenía encaje en la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> de la Ley de Emprendedores, puesto que la desaparición del índice de referencia equivale a su suspensión durante un periodo de tiempo superior a dos meses. Y lo que ha resuelto la Audiencia Provincial no supone integrar el **contrato**, con detrimento del efecto disuasorio de la declaración de abusividad, sino aplicar una disposición legal sustitutoria específicamente prevista *ad hoc*, en los términos admitidos por el TJUE, no solo en términos generales, sino incluso para el caso concreto de los **contratos** de **préstamo** hipotecario a interés variable referenciados al IRPH. Así lo declara expresamente la antes citada STJUE de 3 de marzo de 2020:

"En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de "supletorio". En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del **contrato** (65).

"En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el **contrato** de **préstamo** hipotecario sobre el que versa el



litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del **contrato** el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio" (66).

7.- La solución postulada por el recurrente (sustitución de la cláusula nula por un interés del 0,25% anual o por el Euribor más el diferencial del 0,25%) es contradictoria con la argumentación de su recurso (la improcedencia de integrar la cláusula abusiva) y carece de sustento legal, al contrario de la solución adoptada por la Audiencia Provincial.

#### **CUARTO.- Costas y depósito**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas al recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9, 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- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Luis Manuel contra la sentencia 419/2017 de 13 de noviembre, dictada por la Sección Sexta de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 363/2017.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación.

3.º- Acordar la pérdida del depósito constituido.

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.