



Roj: **STS 1858/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1858**

Id Cendoj: **28079110012017100278**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2017**

Nº de Recurso: **2441/2014**

Nº de Resolución: **267/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6118/2014,**  
**STS 1858/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 4 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona. Los recursos fueron interpuestos por Agapito y Claudia, representados por el procurador Ignacio Pérez de los Santos. Es parte recurrida la entidad NCG Banco SAU, representada por el procurador Rafael Silva López.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. El procurador Ángel Joaniquet Tamburini, en nombre y representación de Agapito, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona, contra la entidad NCG Banco S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que: 1. Se declare la resolución del Contrato de Cobertura NUM001 accesorio al cancelado Préstamo Hipotecario NUM000 con fecha de efectos 8 de septiembre de 2009, de forma automática y sin coste alguno para esta parte, dejándose sin efecto y cancelándose por tanto las cuotas reclamadas a esta parte desde entonces.

2. Se condene a la demandada a restituir a mi mandante la cantidad cobrada de forma indebida de 83,77 euros, más los intereses moratorios y procesales que correspondan, y las costas que genere el presente proceso».

2. El procurador Ricard Simo Pascual, en representación de la entidad NCG Banco S.A., contestó a la demanda y se allanó parcialmente. Suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se declare resuelto el contrato de cobertura sobre hipoteca firmado por D. Agapito y Dª. Claudia y Caja de Ahorros de Galicia, actualmente, NCG Banco S.A., en fecha 27 de marzo de 2008; y se desestimen íntegramente los demás pedimentos de la demanda, y se impongan las costas procesales a la parte actora».

3. Por la representación procesal de la parte demandada se formuló reconvención y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se estime íntegramente la demanda reconvencional, y se condene al demandado a satisfacer a mi mandante la suma de siete mil novecientos treinta y siete euros con cuarenta y cinco céntimos (7.937,45 ?)



con los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial, y las costas procesales, cuya expresa imposición a la parte demandada reconvenida se solicitan».

4. El procurador Ángel Joaniquet Tamburini, en representación de Claudia , presentó escrito en el que suplicaba al Juzgado:

«se admita como parte demandante adhesiva litisconsorcial en el presente procedimiento a doña Claudia a los efectos:

- Reclamar para sí el importe de 41,88 euros (mitad de lo reclamado por el demandante originario).

- Sea considerada parte en el proceso a todos los efectos.

- Adherirse a todas las alegaciones y pretensiones efectuadas por el demandante originario, así como a todos los documentos adjuntos a ella, que hace suyos a los oportunos efectos, así como en la contestación a la reconvenición que se presente y otros escritos que haya presentado o presente».

5. El procurador Ángel Joaniquet Tamburini, en representación de Agapito , contestó a la demanda reconvenicional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestimen todos los pedimentos de la reconvenición, absolviendo de ella a mi mandante, todo ello con expresa condena en costas a la parte reconviniente».

6. El Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona dictó sentencia con fecha 2 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: 1.- Estimar en parte la demanda formulada por don Agapito y doña Claudia y declarando resuelto el contrato de cobertura de riesgo de tipo de interés, concertado el 27 de marzo de 2008, con la demandada NCG Banco SA, con efectos 8 septiembre de 2009, se le condena al pago de 83,77 euros.

2.- Estimar la reconvenición deducida por NCG Banco SA y condenar a don Agapito y doña Claudia , mancomunadamente, al pago de 8.021,22 euros.

3.- Compensar judicialmente las anteriores sumas con un saldo a favor de NCG banco SA de 7.937,45 euros.

4.- No hacer pronunciamiento sobre costas de la demanda e imponer las de la reconvenición a los reconvenidos.

5.- Hacer saber que contra esta resolución cabe recurso de apelación».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Agapito y Claudia .

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 13.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 12 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación formulado por D. Agapito y D<sup>a</sup> Claudia contra la sentencia dictada en los autos de que este rollo dimana, confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Ángel Joaniquet Tamburini, en representación de Agapito y Claudia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 218 de la LEC .

2º) Infracción del art. 24 de la CE y arts. 227.2 LEC y 53.2 CE .

3º) Infracción del art. 24 CE y arts. 228.3 LEC y 53.2 CE ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 1.288 CC , y de los arts. 7 y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , y la jurisprudencia que los interpreta».

2. Por diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup> tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, 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 Agapito y Claudia , representados por el procurador Ignacio Pérez de los Santos; y como parte recurrida la entidad NCG Banco SAU, representada por el procurador Rafael Silva López.

4. Esta sala dictó auto de fecha 30 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Agapito y D.ª Claudia contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de junio de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, en el rollo de apelación n.º 356/2013 , dimanante del juicio ordinario 737/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de abril de 2017, 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, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida.

i) El 24 de febrero de 2005, Agapito y Claudia suscribieron con Caixa Galicia un préstamo hipotecario de interés variable, revisable anualmente .

ii) El 27 de marzo de 2008, el Sr. Agapito concertó con Caixa Galicia un contrato de cobertura de riesgo de incremento de interés, accesorio al referido préstamo, al tipo de referencia "Euribor hipotecario" con revisión anual, en el que el tipo pactado era del 4'40 %, y el tipo de referencia mínimo 2'50 %. El contrato se concertó en el marco del RDL 2/2003, de Medidas de Reforma Económica, e implicaba la realización de liquidaciones en los sucesivos periodos coincidentes con los de liquidación del préstamo.

De este contrato el tribunal de instancia destacó los siguientes extremos:

«a) conforme a la condición 1ª *"el presente contrato de cobertura del riesgo de tipo de interés tiene carácter accesorio del de Préstamo Hipotecario"*. b) conforme a la condición 5ª, *"...dado el carácter accesorio de la cobertura respecto del préstamo hipotecario, el mantenimiento de éste es una condición para la vigencia de aquella. En consecuencia, si por cualquier razón derivada del contrato de préstamo hipotecario, éste fuese cancelado... la Cobertura dejaría de prestar la finalidad para la que fue contratada, por lo que se procedería igualmente y, de forma automática, a la resolución anticipada del presente Contrato..."* ; asimismo se pacta que *"...se procederá a la cancelación anticipada del presente contrato de Cobertura... especialmente en los siguientes: (i) cancelación total anticipada por pago del préstamo hipotecario...(ii) subrogación de otra entidad financiera en el préstamo hipotecario..."*; así como que, *"en estos casos de resolución anticipada ....se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la Cuenta Asociada del PRESTATARIO, en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución, de acuerdo con lo estipulado en la condición general 7ª"*, pero (como excepción) *"en ningún caso, la resolución del contrato (por alguno de los supuestos citados)... podrá generar una obligación de pago a cargo del prestatario que, sumada a las cantidades que el mismo deba satisfacer a la Caja por razón de la resolución anticipada o subrogación del Préstamo Hipotecario, exceda de la cuantía máxima legalmente prevista en cada momento para préstamos hipotecarios de interés fijo. Cuando la liquidación resultante sea favorable al prestatario no se aplicará limitación alguna"*».

iii) El 8 de septiembre de 2009, la entidad Barclays Bank se subrogó en la posición de Caixa Galicia como acreedora del préstamo hipotecario (que no en el de cobertura), previo pago del importe pendiente de principal, intereses y un 0'50 % de comisión por subrogación/cancelación anticipada.

La hipoteca fue cancelada definitivamente por Barclays Bank mediante escritura otorgada ese mismo día 8 de septiembre de 2009.

iv) No obstante lo anterior, Caixa Galicia no resolvió el contrato de cobertura, siguió girando las liquidaciones posteriores y cargó la totalidad de la cuota mensual del préstamo hipotecario correspondiente a septiembre de 2009 (114'23 euros).

v) El Sr. Agapito realizó varios requerimientos a la Caja en los que solicitaba la resolución de la cobertura y el reintegro de la cuota indebidamente cobrada. Estos requerimientos no fueron contestados.



2. El Sr. Agapito interpuso una demanda para que fuera declarada la resolución del contrato de cobertura accesorio al cancelado préstamo hipotecario, con fecha 8 de septiembre de 2009, de forma automática y sin coste alguno, y la cancelación de las cuotas reclamadas al Sr. Agapito desde entonces. También pedía la condena de la entidad NCG Banco (sucesora de Caixa Galicia) a restituir al demandante la suma cobrada de forma indebida de 83'77 ? [la diferencia entre la totalidad de la cuota mensual cobrada por septiembre 2009 (114'23 ?), menos la parte que tenía derecho a cobrar, que era la correspondiente a los 8 primeros días del mes], más los intereses moratorios y procesales que correspondían.

El banco se allanó en parte a la demanda. Aceptó la resolución del contrato de cobertura conforme a la condición general 5ª del contrato. Como también era titular del préstamo hipotecario Claudia, entendió que el Sr. Agapito sólo podía reclamar la mitad de la suma pedida (83'77 euros), y en todo caso el importe adeudado debía compensarse con una deuda superior que el Sr. Agapito tenía con el banco, correspondiente al coste de cancelación de la cobertura, de conformidad con la cláusula general 7ª en relación con la 5ª del contrato de cobertura y el art. 9 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario. Este coste ascendía a 8.021'22 euros. Sobre la base de lo anterior, el banco formuló una reconvencción en la que reclamaba al Sr. Agapito la suma de 7.937'45 euros (8.021'22 euros menos 83'77 euros).

El juzgado admitió la intervención voluntaria de Claudia como parte demandante adhesiva litisconsorcial. De forma que se adhirió a las pretensiones del demandante y reclamó la parte que le correspondía de la fracción de la cuota de septiembre indebidamente cobrada por el banco (41'88 euros).

El Sr. Agapito y la Sra. Claudia se opusieron a la reconvencción.

3. El juzgado de primera instancia entendió que la cuestión era meramente jurídica, razón por la cual no señaló la vista del juicio para la práctica de prueba, y dictó sentencia.

La sentencia dictada en primera instancia estimó en parte la demanda. Declaró resuelto el contrato de cobertura con efectos 8 de septiembre de 2009 y condenó al banco demandado al pago de 83'77 euros, sin hacer expresa condena en costas.

También estimó la reconvencción y condenó a los demandantes a pagar al banco demandado la suma de 8.021'22 euros, más las costas de la reconvencción.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida por los demandantes. En su recurso, entre otras razones de la apelación, aducían que debía haberse apreciado de oficio la nulidad de las condiciones generales 5ª y 7ª del contrato de cobertura, por tratarse de cláusulas abusivas. Y, en atención a la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE, que prevé que pueda ser apreciada en cualquier fase del procedimiento, el recurso pedía que fuera apreciada la nulidad por la propia Audiencia.

5. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, para lo que se remitió a la argumentación vertida por el juzgado de primera instancia. La sentencia de apelación no contiene ninguna referencia a la petición de apreciación de oficio de la nulidad de las condiciones generales 5ª y 7ª del contrato de cobertura por ser abusivas.

6. Frente a la sentencia de apelación, la parte demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base de tres motivos, y recurso de casación articulado en un solo motivo.

#### **SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal**

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* Los dos motivos denuncian la misma infracción, pero por dos cauces diferentes. El primero se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC y el segundo lo hace en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC. En ambos casos se denuncia que la sentencia no se haya pronunciado sobre los pedimentos 1 y 2 del apartado B del suplico del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, en el que interesaban la revocación de la sentencia de primera instancia porque no había apreciado de oficio la nulidad de las cláusulas 5ª y 7ª del contrato de cobertura por ser abusivas. También pedían que o bien fuera la propia Audiencia la que apreciara la nulidad de dichas cláusulas, o bien se declarara la nulidad de actuaciones y se retrotrajeran al momento de la práctica de prueba.

En el motivo primero se denuncia la infracción del art. 218 LEC, por incongruencia omisiva de la sentencia de apelación, que no se pronunció sobre esta petición. En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 227.2 LEC y del art. 53.2 CE, por haber eludido la Audiencia la tutela judicial efectiva y haber provocado la indefensión del demandado.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* En primer lugar hemos de advertir que los demandantes durante la primera instancia tuvieron oportunidad de denunciar el carácter abusivo de las condiciones generales 5ª y 7ª del contrato de cobertura de riesgo, y no lo hicieron. No lo hicieron ni en la demanda, ni



tampoco cuando contestaron a la demanda reconvenzional, que hubiera sido el momento más adecuado. Tampoco lo hicieron después, en la audiencia previa.

En este contexto, el hecho de que el juez pudiera apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato de cobertura de riesgos, aplicable al caso, y no lo hiciera, no puede por sí sólo conllevar en apelación la nulidad de la sentencia de primera instancia. Cuestión distinta es que también en esa segunda instancia, bien sea a petición de parte, bien sea de oficio, el tribunal de apelación pueda apreciar el carácter abusivo de la cláusula y resolver en consecuencia.

Al respecto conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la apreciación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas introducidas en contratos con **consumidores**. Y, en concreto, la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C 488/11), asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito (C 488/11), que deja claro que el deber de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas se extiende a los tribunales de apelación. En esta sentencia, el TJUE, después de recoger la doctrina jurisprudencial sentada en otras anteriores, declara que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo y la Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta. Dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los **consumidores**, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. Y por ello, el tribunal de apelación debe ejercer esa competencia que se le otorga para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de ésta.

En nuestro caso, la cuestión se suscitó en apelación, cuando los demandantes-apelantes pidieron en su escrito de recurso que la Audiencia apreciara de oficio la abusividad de la cláusula. A la vista de esta petición, el tribunal de apelación debió, cuando menos, pronunciarse sobre la abusividad de la cláusula, en cuanto que constituía un presupuesto de la pretensión contenida en la reconvencción, cuya estimación era objeto de apelación.

No hacerlo vició la sentencia de incongruencia omisiva y por ello podríamos advertir una infracción de la exigencia legal contenida en el art. 218.1 LEC .

Pero en casos como este, en que el recurrente considera que la Audiencia omitió pronunciarse sobre alguna de las pretensiones formuladas en su recurso, debía haberse pedido la subsanación ante la propia Audiencia, conforme a lo previsto en el art. 469.2 LEC :

«Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas».

Es jurisprudencia de esta sala, contenida en la sentencia 450/2016, de 1 de julio :

«De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario ( sentencias 634/2010, de 14 de octubre , y 241/2015, de 6 de mayo ), y asimismo, que no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, sentencia núm. 538/2014, de 30 de septiembre , y las que en ella se citan)».

A la vista del citado art. 469.2 LEC y de la reseñada jurisprudencia, como en el presente caso los recurrentes no solicitaron el complemento de sentencia previsto en el art. 215.2 LEC para que la Audiencia se pronunciara sobre lo que se había pedido en el suplico del recurso de apelación, no cabe ahora fundar el recurso extraordinario por infracción procesal en ese defecto.

**3. Formulación del motivo tercero** . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE , en relación con el art. 228.3 LEC y el art. 53.2 CE , «en cuanto al segundo *petitum* del apartado B del suplico, que ya se recurrió y protestó en la instancia, y que dejó sin prueba a esta parte, al declarar el juzgado cuestión jurídica el pleito y sustraerlo al legítimo derecho de





prueba de las partes en especial, siendo una cuestión de la complejidad de un contrato bancario de cobertura de hipotecas».

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

**4. Desestimación del motivo tercero** . El defecto invocado por el recurrente que, a su juicio, constituiría la vulneración del art. 24 CE es haber dejado el pleito para sentencia, sin admitir la práctica de prueba en una vista de juicio. De acuerdo con lo previsto en el reseñado art. 469.2 LEC , no bastaba con que el demandante hubiera recurrido la decisión del juzgado de primera instancia, sino que al apelar debía haber solicitado la prueba que estimaba no le había sido permitido practicar, al amparo del art. 460 LEC . No haberlo hecho, le priva de la posibilidad de esgrimir ahora este defecto en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Además, el recurrente tampoco especifica qué prueba concreta era la que se le impidió practicar, para poder valorar en qué medida hubiera sido determinante para que el tribunal resolviera a su favor.

**TERCERO. Recurso de casación**

**1. Formulación del motivo primero** . El motivo denuncia la infracción del art. 1.288 CC , y de los arts. 7 y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , y la jurisprudencia que los interpreta. En concreto, se cita la sentencia de 20 de marzo de 1991 y la sentencia 1506/2011, de 8 de noviembre , en las que se reitera la aplicación de la regla «contra proferentem» en los contratos de adhesión.

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de instancia debió haber aplicado el art. 1288 CC , y en concreto la regla «contra proferentem» ante la evidente oscuridad de las cláusulas que se estaban discutiendo. Y añade:

«El presente supuesto es el de un contrato complejo bancario, supuestamente de seguro de cobertura de tipo de interés de hipoteca. Supuestamente, porque el propio título ha sido criticado por las numerosísimas sentencias que han condenado a la entidad demandada en este pleito, por no expresar la realidad que esconde el contrato, de no ser un contrato de cobertura, sino aleatorio.

»Pero, en efecto, supuestamente pretendía asegurar los tipos de interés de la hipoteca a la que iba vinculado de modo que no se dispararan, y de ese modo que el cliente tuviera una protección contra la evolución de los tipos de interés. Esa era la intención con la que esta parte contrató este contrato».

Y, en un apartado que denomina «Segunda», el recurso de casación se refiere a: «Notoriedad de la nulidad de todas las cláusulas de cancelación de contratos de cobertura de hipoteca de Caixa Galicia». En la que se afirma:

«Obviamente, de suyo vino dado la demostración evidente de la oscuridad de las cláusulas de cancelación - quinta y séptima- del contrato de cobertura a resultas del intenso debate surgido entre las partes para acreditar cual era, -de existir alguno, o deberse alguno, principio negado por esta parte-, el coste de cancelación del contrato de cobertura».

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

**2. Desestimación del motivo** . Conforme al art. 1288 CC , «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

La infracción de esta norma presupone que las cláusulas objeto de controversia, la 5ª y la 7ª del contrato de cobertura de riesgos, fueran oscuras, y que hubieran merecido otra interpretación más favorable para los demandantes. Estos, en su recurso, no indican dónde radica la oscuridad que habría determinado una interpretación distinta a la que procediera. Ni siquiera advierten en qué sentido a su juicio deberían ser interpretadas estas dos cláusulas. De hecho, lo que subyace al recurso no es tanto la postulación de una interpretación diferente a la realizada de ambas cláusulas, como su inaplicación en lo que se refiere al coste de cancelación anticipada.

De tal forma que no se aprecia una infracción del art. 1288 CC , sin perjuicio del control de abusividad de las cláusulas solicitado en el recurso, al haberse denunciado la infracción de los arts. 7 y 8.2 LCGC.

**3. Comenzaremos por la transcripción de las cláusulas controvertidas:**

«5.º RESOLUCIÓN ANTICIPADA: 1. Resolución anticipada por causas derivadas del Préstamo Hipotecario: No obstante el plazo previsto en la condición general precedente y la condición de irrenunciable que le es inherente y, dado el carácter accesorio de la Cobertura respecto al Préstamo Hipotecario, el mantenimiento de éste en sus actuales condiciones de principal, interés y plazo, es una condición necesaria para la vigencia de aquélla. En consecuencia, si por cualquier razón derivada del contrato de Préstamo Hipotecario, éste fuese cancelado o bien las condiciones de interés variasen sustancialmente, la Cobertura dejaría de prestar la finalidad para la



que fue contratada, por lo que se procedería igualmente y, de forma automática, a la resolución anticipada del presente contrato, con los efectos previstos en esta condición general.

»De acuerdo con lo expuesto, se procederá a la resolución anticipada del contrato de Cobertura, en los supuestos en que, a solicitud del PRESTATARIO, se produzca cualquier cambio en el Préstamo Hipotecario que haga inviable el mantenimiento de la Cobertura en atención a su finalidad y, especialmente, en los siguientes: (1) cancelación total anticipada por pago, del Préstamo Hipotecario; (ii) venta o transmisión por cualquier otro título, del inmueble hipotecario con subrogación del adquirente en el Préstamo Hipotecario; (iii) subrogación de otra entidad financiera en el Préstamo Hipotecario; (iv) modificación de la periodicidad de liquidación del Préstamo Hipotecario, de forma que deje de ser coincidente con la de la Cobertura; (v) modificación del Tipo de Referencia utilizado en el Préstamo para calcular el tipo final aplicable; (vi) reducción del plazo del Préstamo Hipotecario por debajo del plazo restante de vigencia de la Cobertura, por razón de amortizaciones parciales anticipadas o novación del plazo; (vii) modificación del sistema de amortización del Préstamo Hipotecario, de forma que, como efecto, se produzca o implique que, durante el periodo de vigencia de la Cobertura se vaya a producir un exceso del Nominal respecto al importe máxima garantizable por la misma.

»En estos casos de resolución anticipada del Contrato de Cobertura, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la Cuenta Asociada del PRESTATARIO, en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de Interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución, de acuerdo con lo estipulado en la condición general 7ª. En ninguna caso, la resolución del contrato, cuando se deba a alguna de las causas señaladas en los apartados (i), (ii) y (iii) anteriores, podrá generar una obligación de pago a cargo del PRESTATARIO que, sumada a las cantidades que asimismo deba satisfacer a la Caja por razón de la cancelación anticipada o subrogación del Préstamo Hipotecario, exceda de la cuantía máxima legalmente prevista en cada momento para préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo. Cuando la liquidación resultante sea favorable al PRESTATARIO, no se aplicará limitación alguna. 2. Resolución anticipada por la Caja: La CAJA podrá asimismo resolver anticipadamente el presente contrato y, en consecuencia, dar por extinguida la Cobertura, cuando se produzca un incumplimiento por parte del PRESTATARIO, de las obligaciones de pago correspondientes a las liquidaciones periódicas de la Cobertura, así como en el supuesto de falta de pago de cualesquiera sumas debidas por razón del Préstamo Hipotecario, por principal, intereses o cualquier otro concepto. En estos supuestos se efectuará la correspondiente liquidación del contrato, en los términos previstos, sin que resulten de aplicación la limitación prevista en el apartado 1 precedente.

[...]

»7º CÁLCULO DEL VALOR DE CANCELACIÓN: En los supuestos en que, de acuerdo con lo previsto en las condiciones generales 5ª y 6ª, se proceda a la resolución anticipada, total o parcial, de la Cobertura, se efectuará una liquidación extraordinario sobre la base del Nominal de la Cobertura cancelado, en función del plazo pendiente del presente contrato y las condiciones de mercado en cada momento, por aplicación de la siguiente fórmula:

*Nominal a Cancelar*  $x t x$  [Tipo Pactadot - (Tipo Mercadot - 0,50%)]

»Donde:

»t= número de años o fracción, entre la fecha de la última liquidación de la Cobertura y la fecha de vencimiento de la misma (recuadro 11).

»Tipo Pactadot: Media ponderada, en función del plazo pendiente hasta la finalización del Contrato, de los Tipos de interés pactados aplicables entre la fecha de la última liquidación de la Cobertura y la fecha de vencimiento de la misma.

»Tipo Mercadot: Tipos de interés publicados en la página web del Banco de España (datos diarios de los tipos de interés del mercado secundario de valores), conforme al siguiente criterio: (i) En los Contratos en los que reste un período de vencimiento de la Cobertura igual o inferior a un año, se utilizará, como "Tipo de Mercadot" el último tipo publicado en la referida publicación, para las Letras del Tesoro al plazo más próximo al período restante de la Cobertura; (ii) En los Contratos en que el indicado período sea superior a un año, se utilizará como "Tipo de Mercadot", el último tipo publicado para Bonos y Obligaciones del Estado, tomando asimismo como referencia el tipo para el plazo más próximo al período restante para el vencimiento de la Cobertura».

Como se advierte de su lectura, la cláusula 5ª prevé, en primer lugar, la resolución del contrato en caso de cancelación del préstamo hipotecario, en atención al carácter accesorio que se atribuía a la cobertura. Esta previsión contractual responde a la propia pretensión de los demandantes, que solicitaron la resolución del contrato de cobertura como consecuencia de la cancelación del préstamo hipotecario. Por lo que, al margen de la mayor o menor claridad de la cláusula, la sentencia de instancia que estimó este extremo de la demanda

no ha podido conllevar una interpretación contraria a los demandantes **consumidores** por haber acordado la resolución.

En su caso, la parte de esta cláusula que sí podía perjudicar al demandante sería la relativa al coste de la cancelación del swap, que contiene a su vez una remisión a la cláusula 7ª, que es la que explicita las operaciones de cálculo. De tal forma que nos centraremos en la parte de la cláusula 5ª que se refiere al coste de cancelación y también a la propia cláusula 7ª que contiene la fórmula para su cálculo. Los preceptos invocados en el recurso se refieren al control de incorporación (art. 7 LCGC) y al control de contenido (art. 8.2 LCGC).

**4.** Conforme al art. 7 LCGC, para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa.

En la sentencia 688/2015, de 15 de diciembre, en la que se cuestionaba también el control de incorporación de una cláusula relativa al coste de cancelación de un contrato de swap, 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».

Debemos pues examinar si, en atención a lo que es objeto de contratación (un swap), y a la complejidad de lo que se pretende regular con la cláusula controvertida (la liquidación en caso de resolución anticipada), las cláusulas 5ª y 7ª son claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente.

No apreciamos que ambas cláusulas carezcan de estas exigencias. La cláusula 5ª, en la única parte que podría ser controvertida (recordamos que el recurrente se limita a denunciar que es abusiva) manifiesta con toda claridad que la liquidación del swap deberá hacerse «en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución», pues de antemano no es posible determinar el importe de dicho coste. Esta remisión, como hemos advertido en otras ocasiones, ni supone una atribución unilateral de la fijación del coste de cancelación, ni una cláusula oscura. Al respecto se complementa con la cláusula 7ª, que contiene la fórmula a seguir para realizar la liquidación, y especifica con la máxima claridad posible en qué consiste cada una de las variables de la ecuación. En atención a la complejidad de las operaciones, no se advierte que hubiera existido un oscurecimiento en su explicación, ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo.

Como hicimos en la sentencia 688/2015, de 15 de diciembre, hemos de recordar que estamos bajo el ámbito del control de incorporación y no juzgamos el eventual error vicio en el consentimiento.

**5.** Por otra parte, es muy significativo que la última parte de la cláusula 5ª contenga una previsión que opera como garantía del cliente prestatario: en ningún caso, la resolución del contrato puede generar una obligación de pago a cargo del prestatario que, sumada a las cantidades que debió pagar por la cancelación anticipada del préstamo, excediera de la cuantía máxima legalmente prevista en cada momento para préstamos hipotecarios de interés fijo.

Esta previsión, que contiene un límite a favor del prestatario que asegura que no acabe pagando como coste de cancelación del préstamo hipotecario un importe superior al que le hubiera correspondido en caso de que el préstamo se hubiera pagado a interés fijo. Además de cumplir las reseñadas exigencias del art. 7.b) LCGC de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa, supera también el control de contenido previsto en el art. 8.2 LCGC, mediante una remisión a la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios :

«Serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un **consumidor**, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios».

Al llegar a este punto, hemos de llamar la atención de que el recurso no sitúa estas cláusulas en alguna de las tipificadas como abusivas en el RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios. Ni la sala advierte que encaje en alguna de ellas.

Tampoco puede afirmarse de estas cláusulas que, conforme al art. 82.1 TRLGDCU, «en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

El instrumento de cobertura convenido tiene un coste de cancelación que depende de la situación del mercado en el momento en que se pretenda su cancelación como consecuencia de la cancelación del préstamo hipotecario, y mediante las cláusulas controvertidas se prevé que este coste nunca pueda suponer, unido al propio de la cancelación del préstamo hipotecario, un importe superior al límite legal para la cancelación de un préstamo hipotecario a interés fijo.





De este modo, la existencia de este límite impide que, como consecuencia de la cancelación del contrato de cobertura, el prestatario acabe pagando por la cancelación del préstamo hipotecario una suma superior al límite legal que hubiera correspondido en caso que se hubiera pactado un interés fijo. Y esta previsión contractual, como apuntábamos antes, muestra que la garantía de la cobertura convenida respecto del interés variable debía cumplir esta función y por ello no podía conllevar, en caso de cancelación anticipada, un coste superior a si se hubiera pactado el interés fijo.

Adviértase que la parte demandante no ha denunciado que la cantidad resultante de la suma de la comisión abonada por la cancelación anticipada del préstamo hipotecario y la liquidación del contrato de cobertura hubiera superado el reseñado límite legal.

#### **CUARTO. Costas**

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas por ambos recursos.

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

#### **esta sala ha decidido**

**1.º**- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Agapito y Claudia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13ª) de 12 de junio de 2014 (rollo núm. 356/2013) que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona de 2 de abril de 2013 (juicio ordinario 737/2012), con imposición de las costas a la parte recurrente. **2.º**- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Agapito y Claudia contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13ª) de 12 de junio de 2014 (rollo núm. 356/2013), con imposición de las costas a la parte recurrente. Y 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.