



Roj: **STS 1317/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1317**

Id Cendoj: **28079110012018100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **2604/2015**

Nº de Resolución: **216/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 3971/2015,**
STS 1317/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 216/2018

Fecha de sentencia: 11/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2604/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Octava

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2604/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 216/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 225/2015, de 8 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2240/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D.^a Alejandra y D. Ovidio, representados por la procuradora D.^a María José Rodríguez Teijeiro y bajo la dirección letrada de D. Rafael Manuel Carrellán García.

Es parte recurrida Unicaja Banco, S.A., representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Almoguera Valencia.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D.^a Alejandra y D. Ovidio, interpuso demanda de juicio ordinario contra Unicaja Banco S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

- » 1. Declare la nulidad, por tener el carácter de abusiva, de la cláusula contractual de la Escritura Pública de ampliación y novación modificativa de préstamo hipotecario de 10 de octubre de 2007, ante el Notario de Sevilla D. Manuel García del Olmo y Santos, con número 2.887 de su protocolo, cuyo tenor literal es el siguiente:
 - » "En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual".
- » 2. Condene a la demandada a la devolución a los prestatarios de cuantas cantidades haya cobrado o cobre la entidad como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, devengados al tipo de interés legal del dinero vigente en cada momento.
- » 3. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición».

2.- La demanda fue presentada el 4 de diciembre de 2012 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla, fue registrada con el núm. 2240/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en representación de Unicaja Banco S.A. Unipersonal, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla, dictó sentencia 18/2015 de 19 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de D. Ovidio y D.^a Alejandra contra Unicaja Banco S.A. debo:

- » Primero: Declarar y declaro nula por abusiva la cláusula suelo que se incluye en la Estipulación Tercera del contrato suscrito por las partes inserto en la escritura pública de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario de fecha 10 de octubre de 2007, cuyo tenor literal es el siguiente: "En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual", teniéndola por no puesta con la consiguiente inaplicación de la misma desde el día de la fecha.
- » Segundo: Condenar y condeno a la demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la cláusula anulada, debiendo devolver a los actores, en su caso, las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula.
- » Tercero: Condenar y condeno a la demandada al pago de los intereses de las sumas que deba restituir desde la fecha de cada cobro, al interés legal vigente en cada momento.
- » Cuarto: Condenar y condeno a la demandada al pago de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unicaja Banco S.A. Unipersonal. La representación de D.^a Alejandra y D. Ovidio se opuso al recurso.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 4458/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 225/2015 de 8 de julio , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Unicaja Banco, S.A. Unipersonal contra la sentencia dictada el 19/1/15 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sevilla en el Juicio Ordinario número 2240/12, que se revoca y con desestimación de la demanda promovida en los presentes autos absolvemos a la apelante de las pretensiones contenidas en dicho escrito.

- » No se hace pronunciamiento alguno con respecto a las costas causadas en ambas instancias.
- » Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución para su ejecución.
- » Dése a los depósitos constituidos el destino legal».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez, en representación de D.ª Alejandra y D. Ovidio , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo establecido en los artículos 477.1 , 477.2.3 °, 477.3 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No se ha analizado el control de incorporación, como primer control de transparencia, confundiéndolo con el control de legalidad (segundo control de transparencia)».

«Segundo.- Al amparo de lo establecido en los artículos 477.1 , 477.2.3 °, 477.3 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No se ha valorado el deber de información de la entidad financiera sobre el suelo para garantizar la transparencia de la cláusula»

«Tercero.- Al amparo de lo establecido en los artículos 477.1 , 477.2.3 °, 477.3 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La claridad gramatical de la cláusula no implica necesariamente la superación del control de transparencia».

«Cuarto.- Al amparo de lo establecido en los artículos 477.1 , 477.2.3 °, 477.3 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No se han valorado ninguno de los supuestos de falta de transparencia que, de forma orientativa o indicativa, ofrece la jurisprudencia».

«Quinto.- Al amparo de lo establecido en los artículos 477.1 , 477.2.3 °, 477.3 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El control de transparencia no equivale a un control del consentimiento contractual».

«Sexto.- Al amparo de lo establecido en los artículos 477.1 , 477.2.3 °, 477.3 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El conocimiento de la cláusula por el prestatario tampoco implica necesariamente la superación del control de transparencia».

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 10 de enero de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Unicaja Banco S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los hoy recurrentes, D. Ovidio y D.ª Alejandra , interpusieron una demanda contra Unicaja Banco S.A. (en lo sucesivo, Unicaja) en la que solicitaron la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo inserta en la escritura pública de ampliación y novación modificativa de préstamo hipotecario que suscribieron el 10 de octubre de 2007.

2.- La demanda fue estimada en primera instancia. El juzgado dictó una sentencia en la que declaró la nulidad de la cláusula suelo, por falta de transparencia, y condenó a Unicaja a devolver a los demandantes las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula.



3.- Unicaja apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, por lo que revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda.

4.- Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Desestimación de las alegaciones de Unicaja sobre la inadmisibilidad del recurso de casación .

1.- Unicaja, antes de rebatir los motivos de casación formulados, alega que el recurso es inadmisibile, por razones formales, por basarse en una nueva valoración de la prueba y por carecer completamente de fundamento.

Estas alegaciones deben ser desestimadas.

2.- El recurso cumple las exigencias formales mínimas necesarias para su admisibilidad. Se formulan dos motivos de casación, en cuyo encabezamiento se expresa la infracción legal cometida. Estos dos motivos se desarrollan en distintos apartados, el primero de los cuales corresponde claramente al desarrollo primer motivo y el resto, al desarrollo del segundo motivo.

3.- La distinta valoración jurídica de los hechos no supone una modificación de la base fáctica sentada en la instancia. La Audiencia Provincial no ha realizado propiamente una nueva valoración de la prueba que modifique lo afirmado por el Juzgado de Primera Instancia en su sentencia respecto de los hechos relevantes para la decisión del litigio, pues solo ha hecho afirmaciones generales, carentes de una mínima precisión, a las que no puede atribuirse el carácter de nueva valoración de la prueba. Y algunas afirmaciones que pudieran parecer una valoración fáctica, son en realidad, como se verá, valoraciones jurídicas revisables en casación.

4.- En cuanto a la absoluta carencia de fundamento del recurso, se trata de una cuestión a abordar al resolver los motivos formulados.

TERCERO.- Desestimación del primer motivo del recurso de casación

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación pues la sentencia de la Audiencia Provincial no ha analizado el control de incorporación.

2.- El motivo ha de ser desestimado porque en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad de la condición general por ser abusiva, y fue esa la cuestión jurídica abordada y resuelta por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y, por tanto, fue también el objeto del recurso de apelación resuelto por la Audiencia Provincial.

3.- No se identifica en el recurso argumento alguno de la sentencia de la Audiencia Provincial sobre el control de incorporación ni pronunciamiento que desestime una acción dirigida a la declaración de no incorporación de la cláusula controvertida que pueda considerarse contrario a Derecho por la sencilla razón de que no existe argumentación ni pronunciamiento alguno sobre esta cuestión.

4.- Si los recurrentes consideran que la Audiencia Provincial omitió un pronunciamiento sobre el control de incorporación, que es lo que parece que están afirmando en este motivo, tenían que haber solicitado la subsanación de la omisión de pronunciamiento. Si no lo hicieron, consintieron la ausencia de pronunciamiento sobre esa cuestión y no pueden plantear una impugnación sobre la misma en el recurso de casación.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo

1.- En el segundo motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y de la jurisprudencia contenida en diversas sentencias de este tribunal, señaladamente en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo .

2.- El motivo se desarrolla en diversos apartados en los que se denuncia, resumidamente, que la Audiencia Provincial no ha valorado si se facilitó al cliente, tanto con carácter precontractual como en el propio contrato, sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, en los términos exigidos por la jurisprudencia. La Audiencia Provincial habría confundido la comprensibilidad de la cláusula con el cumplimiento de los requisitos de congruencia.

QUINTO.- Decisión del tribunal. Estimación del motivo

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial incurre en la infracción legal denunciada. Declara que la cláusula suelo es válida por aplicación de criterios propios de los contratos por negociación. Sin embargo, nos encontramos ante una condición general de un contrato celebrado con **consumidores**, por lo que han de ser aplicados los criterios propios de este tipo de contratación en masa y, en concreto, los propios del control de



transparencia que, aplicado a las llamadas "cláusulas suelo", han sido desarrollados por este tribunal en una extensa jurisprudencia.

2.- La referencia que la sentencia contiene a la existencia de negociación ha de entenderse como una valoración jurídica, revisable en casación, y no como una afirmación de hechos. Que la cláusula suelo haya sido incluida en la escritura de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, subsiguiente al de compraventa y subrogación de los compradores de la vivienda en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor, que es a lo que la Audiencia Provincial anuda la existencia de negociación, no supone que la cláusula suelo haya sido negociada.

Habrà podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del **consumidor** para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo.

Ha de recordarse que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Por tanto, no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario) para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociada.

Por otra parte, la referencia que la sentencia hace a la existencia de negociación se ve contradicha por la afirmación de que es procedente realizar el control de transparencia, que es propio de las condiciones generales de los contratos celebrados con los **consumidores**.

3.- Que se trate de una subrogación en el préstamo concedido al promotor, y de una novación del mismo, no excluye la obligación de la entidad predisponente de facilitar al contratante una información, sobre todo en la fase previa a la celebración del negocio jurídico, que sea suficiente para que el cliente tenga adecuado conocimiento de esa importante limitación a la variación a la baja del tipo de interés y de su trascendencia en la economía del contrato.

4.- La falta de información adecuada por parte de Unicaja sobre la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario que se novaba para que sirviera a los compradores para financiar la compra de la vivienda conlleva que dicha cláusula no fuera transparente, puesto que los compradores no pudieron apercibirse de la existencia de la cláusula, que limitaba drásticamente las posibilidades de bajada del tipo de interés en un préstamo que se suponía concedido a interés variable, y de su trascendencia en la economía del contrato.

No basta con afirmar, como hace la sentencia recurrida, la suficiencia de la información dada a los clientes, sin precisar en qué consistió la información facilitada, tanto más cuando la propia Unicaja ha sostenido la improcedencia de haber facilitado a los demandantes, antes de la celebración del negocio jurídico, la información escrita exigida reglamentariamente en aquel momento, con lo que está tratando de justificar la ausencia de esa información.

5.- La valoración de la suficiencia de la información suministrada, pese a apoyarse en hechos, es jurídica y, por tanto, revisable en casación, de modo que determina la revocación de la sentencia recurrida cuando esta parte de una concepción del alcance de los deberes de información del predisponente y de la conducta que debe observar el **consumidor**, con relación al control de transparencia de las condiciones generales y en concreto de la que contiene una cláusula suelo, que contradice la jurisprudencia de esta sala.

El hecho de que, como consecuencia de la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor, este fuera novado, con una ampliación de su importe y de su plazo de devolución (que es lo usual en la inmensa mayoría de los casos de compra de primera vivienda), no significa que los prestatarios tuvieran un especial conocimiento del contenido del contrato y, en concreto, de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

Tampoco exime a la entidad bancaria de su deber de informar adecuadamente al **consumidor** sobre tal extremo.

6.- En cuanto a la intervención notarial (que se produce en todos los casos de préstamo hipotecario y, por tanto, en la práctica totalidad de los contratos en los que se incluye una cláusula suelo), es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que declara que no basta por sí sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo, en especial por la trascendencia que la información precontractual tiene en este tipo de contratos y por la práctica imposibilidad que tiene el **consumidor** de rechazar en la Notaría la firma de la



escritura de préstamo hipotecario en cuanto que le es indispensable para poder pagar el precio de la vivienda cuya escritura de compra suele firmarse simultáneamente a la escritura de préstamo hipotecario.

7.- La Audiencia Provincial hace referencia a una serie de conceptos (literalidad del contrato, consentimiento de las partes, libertad de pactos, fuerza vinculante de los contratos) que son más propios del control de validez de los contratos por negociación o de la interpretación de los mismos. Pero lo que se plantea en este litigio es el control de transparencia de una condición general de la contratación, y son los criterios propios de este tipo de contratos de adhesión y de estas cláusulas, recogidos en la extensa jurisprudencia de este tribunal sobre esta cuestión y en la jurisprudencia del TJUE, los que debieron ser aplicados por la Audiencia Provincial y no lo fueron.

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada y el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimado.

QUINTO .- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Respecto de las costas del recurso de apelación, procede condenar a Unicaja al pago de tales costas, al ver desestimado su recurso de apelación.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Alejandra y D. Ovidio , contra la sentencia núm. 225/2015, de 8 de julio, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 4458/2015 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Unicaja Banco S.A. contra la sentencia 18/2015, de 19 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla , que confirmamos en sus propios términos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Condenar a Unicaja Banco S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.