



Roj: **STS 4249/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4249**

Id Cendoj: **28079110012018100697**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2018**

Nº de Recurso: **308/2016**

Nº de Resolución: **708/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2910/2015,**
STS 4249/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 708/2018

Fecha de sentencia: 17/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 308/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SEVILLA SECCION N. 5

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 308/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 708/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Inocencio , representado por la procuradora D.ª Esther Borrego del Valle, bajo la dirección letrada de D.ª María de la Prosperidad de la Vega Vega, contra la sentencia de 20 de octubre de 2015, dictada por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 1437/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 417/2013 del Juzgado Mercantil n.º 2 de Sevilla, sobre condiciones generales de la contratación -cláusulas suelo-. Ha sido parte recurrida Caja Rural del Sur S.C.C., representada por la procuradora D.ª María de la Concepción Moreno de la Barreda Rovira y bajo la dirección letrada de D.ª María Teresa Rojas Abascal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Manuel Varela Díaz, en nombre y representación de D. Inocencio , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural del Sur SCC, en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"1.- Se declare la nulidad de la estipulación Sexta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de Septiembre de 2.007; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4.25% fijados en aquella.

"2.- Se condena a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se abones durante dicho periodo conformes a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 4.25%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un punto.

"Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 25 de marzo de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla y fue registrada con el núm. 417/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demanda

3.- El procurador D. Manuel Muruve Pérez, en representación de Caja Rural del Sur S.C.C., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla dictó sentencia n.º 317/2014, de 14 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, don Manuel Varela Díaz, en nombre y representación de DON Inocencio , frente a CAJA RURAL DEL SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO:

"1.- Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula sexta de la escritura de préstamo hipotecario otorgado en fecha 13 de septiembre de 2.007 por CAJA RURAL DEL SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO a favor de DON Inocencio autorizada por el Notario, don Alberto Moreno Ferreiro, con número de protocolo 3.009 y cuyo contenido literal es. "Se pacta expresamente que en ningún caso los intereses serán inferiores al 4,25%, es (sic) establecer limitaciones la (sic) alza".

La declaración de nulidad comporta:

I. Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

II. Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución).

"2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

"3.- Impongo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caja Rural del Sur S.C.C.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 1437/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva dice:

"Que estimando el recurso interpuesto por el Procurador Don Manuel Muruve Pérez, en nombre y representación de CAJA RURAL DEL SUR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, contra la sentencia dictada el día 14 de octubre de 2.014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Manuel Lorenzo Varela Díaz, en nombre y representación de Don Inocencio, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias".

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

1.- La procuradora D.ª Esther Borrego del Valle, en representación de D. Inocencio, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Vulneración de la Tutela Judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

"Segundo.- Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC, infracción de las normas procesales reguladora de la sentencia contenidas en los art, 218, 319, y 348 LEC, al no incidir la motivación de la sentencia en todos los elementos fácticos del pleito, ni considerados individualmente ni en su conjunto, y no ajustarse a las reglas de la lógica y la razón en la apreciación y valoración de la prueba practicada. Error en la Valoración de la prueba.

"Tercero.- Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC; infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de la prueba contenida en los art. 217 LEC Y 82.2 TRLGDCU y el art. 24 CE. Al invertir indebidamente la carga de la prueba en perjuicio de la demandada.

"Cuarto.- Vulneración de los principios de inmediación y de libre valoración de las pruebas en base a los art. 137, 289, 316, 326 y 376 de la LEC, en relación con el 24.1 de la Constitución".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC. Infracción de las normas contenidas en los art. 82 y 87 TRLGDCU, el art. 38 CE, y en la orden ministerial de 5 de Mayo de 1.994.

"Segundo.- Error en la valoración de la prueba en sentido conceptual y jurídico.

"Tercero.- Infracción de los art. 80 y 82 TR-LGDCU y del art. 8.2 LCGC".

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 la sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Inocencio contra la sentencia dictada, el día 20 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 1437/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 417/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 8 de octubre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 29 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 30 de junio de 2003 se concertó un contrato de préstamo hipotecario entre La Caixa, como prestamista, y D. Inocencio, como prestatario, por importe de 151.691,45 €.



2.- El 13 de septiembre de 2007, el Sr. Inocencio se acogió a las previsiones de la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y, previa solicitud a Caja Rural del Sur SCC, suscribió escritura de préstamo con esta entidad, ampliando el capital a 221.695,45 €, con interés variable. En esta escritura de subrogación se incluyó una limitación a la variabilidad del tipo de interés del 4,25%.

3.- El Sr. Inocencio formuló una demanda de juicio ordinario contra Caja Rural, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado.

4.- El juzgado dictó sentencia estimatoria de dicha pretensión, declaró la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y condenó a la entidad prestamista a devolver las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación, con sus intereses.

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad demandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación por los siguientes y abreviados razonamientos: (i) La estipulación es clara y fácilmente comprensible y se encuentra inserta en una escritura de novación donde difícilmente puede pasar desapercibida, dado lo limitado de su objeto. ii) La novación se hizo acogiendo a una Ley cuyo objeto era facilitar la obtención de condiciones más favorables para el prestamista. (iii) De la propia demanda se desprende que el prestatario estaba informado de la existencia y sentido de la cláusula suelo. La demanda no se basa en la falta de transparencia, sino en la abusividad *per se* de la cláusula, lo que no ha sido aceptado por la jurisprudencia. En su virtud, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Control de oficio de la transparencia*

Planteamiento:

El primer motivo de infracción procesal denuncia la infracción del art. 24 CE, por no haber procedido el tribunal al control de oficio de la transparencia de la cláusula contractual debatida

Decisión de la Sala:

1.- Este primer motivo resulta inadmisibile, por cuanto no cita por cuál de los cauces del art. 469 LEC se denuncia la infracción.

2.- En cualquier caso, el control de transparencia sí que se ha efectuado, pero con el resultado de que la Audiencia Provincial considera que la cláusula es transparente.

3.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado sin necesidad de mayor argumentación.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba*

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1, apartados 2 y 4, LEC y denuncia la infracción de los arts. 218, 319 y 348 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia no incide en todos los elementos fácticos del pleito y la valoración de la prueba no se ajusta a las reglas de la lógica y la razón. La cláusula fue impuesta y no negociada y no se informó al cliente de su existencia y alcance.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo también está mal formulado. Se mezclan infracciones diferentes, relativas a la motivación y al error en la valoración de la prueba, que deben denunciarse por cauces distintos.

2.- La sentencia está debidamente motivada, en cuanto que explica suficientemente las razones de la decisión, y las valoraciones sobre la suficiencia de la información contractual y su repercusión en la transparencia de la cláusula son jurídicas y no fácticas, por lo que, en su caso, han de ser combatidas en el recurso de casación, y no en el de infracción procesal.

3.- En su virtud, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Inversión de la carga de la prueba*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal se formula conforme al art. 469.1, apartados 2 y 4, LEC, y denuncia la infracción de los arts. 217 LEC y 82.2 TRLGCU y 24 CE.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la prueba de que la cláusula fue negociada individualmente corresponde al profesional y no al **consumidor**.

*Decisión de la Sala:*

1.- La sentencia no puede infringir las reglas de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, simplemente porque no las ha utilizado y ni siquiera hace mención a dicho problema.

Como dijimos en la sentencia 244/2013, de 18 de abril:

"Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia".

2.- Por ello, el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Cuarto motivo de infracción procesal. Principios de inmediación y libre valoración de la prueba*Planteamiento:*

1.- Sin cita del cauce del art. 469.1 LEC utilizado, el cuarto motivo de infracción procesal denuncia la vulneración de los principios de inmediación y libre valoración de la prueba, con fundamento en los arts. 137, 289, 316, 326 y 376 LEC, en relación con el art. 24.1 CE.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la valoración de la prueba debe quedar a cargo de la primera instancia, salvo que la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación, aprecie falta de motivación o la concurrencia de razonamientos ilógicos o absurdos.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo está mal formulado, porque obvia el cauce del art. 469.1 LEC por el que se formula y confunde el ámbito del recurso de apelación con el del recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- El recurso de apelación, con las únicas limitaciones previstas en el art. 465.5 LEC, permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituirían el objeto litigioso resuelto en primera instancia (por todas, sentencia 391/2018, de 21 de junio). Como dijimos en la sentencia 714/2016, de 29 de noviembre, la Audiencia Provincial tiene plenas facultades para revisar la valoración fáctica y jurídica realizada por el tribunal de primera instancia, puesto que ese es precisamente el objeto del recurso de apelación, como establece expresa y terminantemente el art. 456.1 LEC ("nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo").

3.- Que la parte no comparta la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia Provincial no la convierte en ilógica o arbitraria. Tampoco hay infracción legal en que tales conclusiones contradigan las de la sentencia de primera instancia.

4.- Por estas razones, este último motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

Recurso de casación**SEXTO.- Primer motivo de casación. Control de transparencia***Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal denuncia la infracción de los arts. 82 y 87 TRLCU, el art. 38 de la Constitución y la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que no puede concluirse que el prestatario conociera la limitación establecida en la cláusula suelo y su alcance.

Decisión de la Sala:

1.- La cita de los preceptos infringidos del TRLCU es incorrecta, por la sencilla razón de que dicho texto refundido todavía no estaba en vigor cuando se firmó la escritura pública en la que se incluyó la cláusula litigiosa.

2.- En todo caso, en el motivo no se fundamenta realmente la infracción legal cometida, sino que se rebaten las conclusiones probatorias a que llega la Audiencia Provincial, como si el recurso de casación fuera una tercera instancia en la que estuviera permitida la revisión probatoria.

3.- En la propia demanda se relata que el empleado de la entidad prestamista con el que el prestatario había negociado la novación le informó de la inclusión de la cláusula suelo- techo, y que la justificó con el argumento de que era práctica habitual en todos los préstamos hipotecarios y que "servía para garantizar la seguridad de ambas partes, evitando riesgos derivados de oscilaciones excesivas de la variable en torno a la cual se



calculan los intereses". Con lo que, frente a dicha manifestación expresa de conocimiento de la existencia de la cláusula y de su función, difícilmente puede sostenerse su falta de transparencia.

SÉPTIMO.- Segundo motivo de casación. Inadmisibilidad por falta de cita de la norma sustantiva

Planteamiento:

El segundo motivo de casación se formula por "Error en la valoración de la prueba en sentido conceptual y jurídico" y en su encabezamiento no se cita como infringida ninguna norma sustantiva.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo es directamente inadmisibile, al intentar una nueva valoración de la prueba e incumplir el requisito esencial de citar como infringida una norma sustantiva.

El recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC); y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida.

Nada de ello se cumple en este motivo.

2.- En esta fase procesal, las causas de inadmisión devienen en causas de desestimación (sentencias de esta sala 72/2009, de 13 de febrero; 33/2011, de 31 de enero; 564/2013, de 1 de octubre; y 25/2017, de 18 de enero, entre otras muchas).

OCTAVO.- Tercer motivo de casación. Control de transparencia

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 80 y 82 TRLCU y 8.2 LCGC.

2.- En el desarrollo del motivo argumenta la parte que no se ha realizado correctamente el control de transparencia y transcribe, *in extenso*, la sentencia de esta sala 464/2014, de 8 de septiembre.

Decisión de la Sala:

Este motivo es una reiteración de lo argumentado en el primero, por lo que debe seguir su misma suerte desestimatoria, al pretender la revisión y modificación de la base fáctica de la sentencia recurrida.

NOVENO.- Costas y depósitos.

1.- La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación conlleva que deban imponerse a la parte recurrente las costas causadas por ellos, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, conforme a la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

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 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Inocencio contra la sentencia de 20 de octubre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el recurso de apelación núm. 1437/2015.

2.º- Imponer al recurrente las costas de ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.