



Roj: **STS 2345/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2345**

Id Cendoj: **28079110012019100396**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2019**

Nº de Recurso: **1042/2017**

Nº de Resolución: **422/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 422/2019

Fecha de sentencia: 16/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1042/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1042/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 422/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de julio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 1151/16 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 280/14, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. José Manuel Claro Parra en nombre y representación de D.ª María Angeles, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª Amalia Josefa Delgado Cid en calidad de recurrente y el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter en nombre y representación de Caixabank S.A, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Manuel Claro Parra en nombre y representación de D.ª María Angeles, interpuso demanda de juicio ordinario, contra La Caixa, bajo la dirección letrada de D. Manuel Pérez Peña y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1) Declare la nulidad de la cláusula sita en el folio 4535006 de las escrituras donde se recoge una cláusula 3 que establece lo siguiente: "Los intereses a aplicar no podrán ser superiores al 14% ni inferiores al 3,35% nominal anual".

"2) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2.- La procuradora D.ª María del Valle Lerdo de Tejada Benítez, en nombre y representación de Caixabank S.A, contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Luis Ferrer Vicent y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"1) Desestime íntegramente la demanda presentada, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos planteados por la actora y con expresa condena en costas a la parte actora:

2) Subsidiariamente para el eventual caso que la cláusula litigiosa fuese declarada nula, la estimación e la demanda sea únicamente parcial, declarando que la sentencia no tiene efectos retroactivos y/o que no procede el pago, por parte de mi mandante, de las cantidades que son objeto de reclamación en estos autos".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 11 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D.ª María Angeles contra la entidad Caixabank S.A., y en consecuencia:

"DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la estipulación PRIMERA 3 página, QW4535006 del contrato de préstamo hipotecario mediante escritura pública autorizada por el Notario D.ª María del Carmen Alonso Bueyes día 10 de junio de 2010. La declaración de nulidad comporta:

"1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución. como si nunca hubiera estado incluida las cláusulas en cuestión, rigiendo dichos cuadros en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

"2) Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.

"3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en -dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse.

"DECLARO la subsistencia del resto de los contratos.

"ACUERDO que, firme que sea esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

"Más la condena en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 11 de Febrero de 2015, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad , en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, debemos absolver y absolvemos a la demandada, Caixabank S.A., de los pedimentos de la demanda deducida en su contra por Doña María Angeles , sin que se haga imposición, no obstante, del pago de las costas causadas en la primera instancia, y sin que tampoco se impongan las de esta alzada".

TERCERO.- Interposición y tramitación el recurso de casación.

1.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª María Angeles con apoyo en un único motivo: Art. 477.3.º apartado 2, conforme a los arts. 1 , 5 y 7 LCGC , art. 3.2 y 4.2 Directiva 13/1993 , art. 10.1 a) LCU , art. 82 LGDCU, OM mayo de 1994 , art. 48.2 Ley 41/2007 .

2.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de febrero de 2019 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de Caixabank S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de julio del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La demandante D.ª María Angeles otorgó el 10 de junio de 2010 escritura pública de préstamo hipotecario con Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol), actualmente Caixabank, S.A., que era novación de un préstamo hipotecario anterior de fecha 15 de junio de 2007.

En este existía una cláusula suelo de 5,10%, que en la escritura de 10 de junio de 2010 pasó a ser de 3,35%, manteniéndose en ambas el límite al alza del 14%.

2.- La parte actora presentó demanda por la que ejercitó la acción de nulidad de la cláusula suelo, alegando, en esencia, que la cláusula es una condición general de la contratación, que la actora es consumidora, y que en la condición general se aprecia ausencia de claridad y transparencia, siendo, pues, una cláusula abusiva.

Frente a ello la entidad demandada se opuso, alegando que este tipo de cláusulas se encuentran avaladas legalmente, que la parte actora estaba informada, y que existía una efectiva negociación con ella.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

Consideró, con arreglo a la prueba practicada, que la cláusula suelo objeto de la presente *litis* fue redactada por la entidad demandada, que la misma estaba destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, y que no fue fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco a modo de oferta irrevocable.

A continuación, respecto del control de transparencia, razona que:

"En el presente caso, se ha de concluir que la cláusula no supera ninguno de los dos controles de transparencia.

"Así, el primero, relativo a la incorporación al contrato, no consta que se efectuara una información suficiente previa a la firma del mismo, y no puede considerarse suficiente las manifestaciones del notario que constan en el folio n.º QW4535008 por cuanto no pueden servir para limitar el control judicial de la misma, ni sustituir el deber de información que corresponde a la entidad bancaria. Pero es que tampoco supera el segundo, puesto que el hecho de que no se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni se haya ofrecido información previa clara y comprensible, sobre él coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó. perfectamente a su cliente de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro."



4.- La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que ha conocido la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 6 de febrero de 2017 en el sentido de estimar el recurso de apelación y, por ende, desestimar la demanda, absolviendo a la demandada de la pretensión formulada en su contra.

5.- Motiva su decisión, en esencia, con los siguientes argumentos:

(i) Limitada la escritura a la modificación de los intereses y, en particular, a la modificación de la cláusula suelo, que, en la época de otorgamiento de dicha escritura, y debido a la bajada de los intereses, hacía tiempo que se venía aplicando, reduciéndose de manera muy sensible, en perjuicio de la propia entidad prestamista y en exclusivo beneficio de la prestataria demandante, no puede decirse que no hubiera una negociación individualizada acerca de la misma y que la prestataria no fuera consciente de su existencia y significado.

(ii) No se alude en la escritura a la oferta vinculante a que hace referencia la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, ni se recoge en la misma advertencia alguna, por parte del Notario, acerca de la existencia de límites a la variabilidad de los intereses, advertencia a la que se refiere también dicha orden, pero nada de ello era necesario, puesto que no se trataba de comparar la oferta de la entidad prestamista con la de otras entidades, para lo que se exige la entrega de dicha oferta vinculante, ni tenía sentido tampoco que advirtiera el Notario sobre algo que venía a ser el único objeto de la escritura y que, por lo tanto, debía ser de sobra conocido por los otorgantes de la escritura, aparte de que esa normativa se refiere a la concesión de préstamos hipotecarios en los que la garantía recaiga sobre la vivienda, y no a su simple modificación, y que, incluso, por la cuantía del préstamo, tampoco era aplicable, al ser de 188.300 euros y superar, por lo tanto, el límite de 25 millones, de pesetas, equivalente a 150.253,02 euros, establecido de dicha orden.

(iii) La cláusula en cuestión tiene una redacción clara y sencilla, no dando lugar a dudas sobre su sentido y significado y no puede decirse que se encuentre inserta en un documento de muchas páginas, de lectura difícil y compleja, en el que, fácilmente, pudiera pasar desapercibida

6.- La representación procesal de la parte actora interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del art. 477. 3.º LEC, por interés casacional al contradecir doctrina del Tribunal Supremo, y cita como preceptos infringidos los arts. 1.5 y 7 LCGC, art. 3. 2 y 4. 2 Directiva 13/1993, art. 10. 1 a) LCU, art. 82 LGDCU, OM mayo de 1994 y art. 48. 2 Ley 41/2007.

En el desarrollo del motivo alega la ausencia de información, propia del control de transparencia material, conforme a los criterios del Tribunal Supremo, y cita a tal fin las sentencias de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo de 2015 y 25 de marzo de 2015.

7.- La sala dictó auto el 27 de febrero de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto.

La parte recurrida presentó escrito en el que formalizó su oposición al recurso, pero previamente alegó óbices sobre su admisibilidad.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.

1.- La parte recurrida alega que el escrito de interposición del recurso omite cualquier referencia a normativa de derecho sustantivo que resulte aplicable y no indica ni un solo precepto que, a criterio de la recurrente, haya sido infringido.

Lo hace de forma genérica y sin denunciar su transgresión.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Cita preceptos relacionados con la infracción alegada y aquellas sentencias que, a su juicio, han sido contradichas por la sentencia recurrida, que fijan doctrina sobre el control de transparencia en las cláusulas suelo.

2.- Alega también sobre causa de inadmisibilidad que la interpretación del contrato realizada por el tribunal de instancia debe ser respetada en casación.

Pero no se tiene en cuenta que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no se contrae a la interpretación del contrato, sino a inferir que la prestataria se encontraba suficientemente informada de la cláusula suelo.

3.- Corolario de lo expuesto es que no puede prosperar la solicitud de inadmisibilidad del recurso.

TERCERO.- Recurso de casación. Decisión de la sala.

1.- La sentencia núm. 241/2013 hace mención a un doble control de transparencia, recordado en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo: Transparencia formal y transparencia material. Ello se traduce en que el hecho de que las cláusulas de los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan



de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible, no implica solamente qué deben posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible; objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

La transparencia material proyectada sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto "que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de ejecución o desarrollo del mismo".

De la valoración que merece la labor del notario en el juicio sobre la transparencia de las cláusulas, procede citar la sentencia de la sala 1.ª del TS núm. 171/2017, de 9 de marzo, que declara lo siguiente: "En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia".

Pero siendo ello cierto, también lo es que la sala advertía que el conocimiento adquirido por el prestatario en el momento del otorgamiento de la escritura pública podía no ser suficiente para entender satisfecho el control de transparencia material. La STS de 7 de noviembre declaró que "la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia puesto que...el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda... no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con fundamento en una información inadecuada, pues si lo hace no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar".

Así se reitera en la STS de 29 de enero de 2018, que pone el acento en la relevancia que tiene en este tipo de contratos la información precontractual, a fin de que el prestatario tenga margen de maniobra antes del otorgamiento de la escritura.

Consecuencia de esa doctrina es que se propugnase que hubiese intervención notarial en la fase precontractual, así como que fuese objeto de crítica la exigencia de expresión manuscrita introducida por el art. 6 de la Ley 1/2013.

De ahí que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, prevea además de la información precontractual por parte de la entidad prestamista (art. 14), la información precontractual notarial (art. 15).

2.- En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del referido contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria llevó a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la cliente adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula.

Tampoco puede sustentarse, tal y como parece que realiza la sentencia recurrida, que el simple control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC baste para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia, propiamente dicho, que imponen los arts. 4.2 de la directiva 19/1993 y 60.1 y 80.1 TRLCU.

La propia sentencia recurrida reconoce la falta de información con arreglo a la ley.

Lo que sucede es que la considera innecesaria por tratarse de una simple modificación, y ser conocida por los otorgantes de la escritura.

Pero naturalmente si falta de origen el plus de información a que hace mención la doctrina de la sala y tampoco se lleva a cabo en la modificación de la cláusula, difícilmente se puede considerar cumplida esa obligación por la entidad prestamista.

3.- A la postre el debate se ha de contraer al carácter negociado o no de la cláusula suelo modificada en la escritura pública del préstamo hipotecario objeto de la *litis*.



Para la sentencia de la primera instancia se trata de una cláusula no negociada, mientras que para la sentencia recurrida no puede decirse que no hubiera negociación individualizada.

Esto último lo infiere de que a la época del otorgamiento de dicha escritura, y debido a la bajada de los intereses, hacía tiempo que se venía aplicando la cláusula; por lo que sí se disminuyó de manera muy sensible, en perjuicio de la propia entidad prestamista y en exclusivo beneficio de la prestataria demandante, tuvo que obedecer a una negociación.

4.- Conforme al art.3.1 de la Directiva, solo pueden ser cláusulas abusivas aquellas que no han sido objeto de negociación individual. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, la aceptación de la cláusula por el consumidor no le priva del carácter de cláusula impuesta, pues para que no sea considerada como tal, no basta que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y ese elemento ha de ser probado (sentencias 649/2017, de 29 de noviembre , y 489/2018, de 13 de septiembre).

Si se trata de novación por modificación del contrato de la cláusula suelo, como es el caso de autos, la sentencia n.º 101/2019, de 18 de febrero , afirma que: "Conviene aclarar que no es que no quepa modificar la cláusula suelo del contrato originario. Esto es posible siempre que, como declaramos en las sentencias 489/2018, de 13 de septiembre y 548/2018, de 5 de octubre , la modificación se hubiere negociado."

5.- De ahí, como hemos anunciado, que el debate se haya de contraer a si se tiene o no probada que la novación fuese negociada entre la prestamista y la prestataria.

La conclusión para la audiencia, por vía de presunciones, es que la novación de la cláusula suelo fue negociada, y la sala no entiende que esa inferencia, que ya se ha expuesto en que se funda, sea ilógica o arbitraria, por lo que debe ser respetada.

El recurso, pues, se desestima.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398. 1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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.ª María Angeles , contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 1151/16 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 280/14, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida, cuya firmeza se declara.

3.º- Imponer a la parte recurrente las cosas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.