



Roj: **STS 3168/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3168**

Id Cendoj: **28079110012018100498**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **1613/2016**

Nº de Resolución: **519/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 519/2018**

Fecha de sentencia: 20/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1613/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1613/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 519/2018**

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 20 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 21 de marzo de 2016 dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1184/2014 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D. Abilio y D.<sup>a</sup> Regina , representados por el procurador D. Luis Pozas Osset y bajo la dirección letrada de D. José María Yuste Muñoz.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Javier Segura Zariquiey y bajo la dirección letrada de D. Joaquín José Noval Lamas.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana María Asencio Vegas, en nombre y representación de D. Abilio y D.<sup>a</sup> Regina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» 1.- Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva derivada de su falta de transparencia y claridad para el usuario bancario, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Segundo de la presente demanda, es decir, de la cláusula contenida en la escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha de 3 de abril de 2007 ante el Notario Don Eduardo C. Ballester Vázquez, con el nº 434 de su protocolo, que establece un tipo mínimo de interés, cuyo contenido literal es el siguiente:

» "Tercera bis. Tipo de interés variable ... d) Tipo mínimo y máximo. Se establece que, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al cuatro enteros y setenta centésimas de entero por ciento (4,70%) ni superior al catorce enteros por ciento (14%)."

» 2. Declare la nulidad, en lo que se refiere a la incorporación al contrato de una cláusula suelo, por tener el carácter de cláusula abusiva derivada de su falta de transparencia y claridad para el usuario bancario, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Segundo de la presente demanda, es decir, de la cláusula contenida en la escritura de compraventa de vivienda y subrogación en préstamo hipotecario y novación de fecha 11 de septiembre de 2009 otorgada ante la Notario D.<sup>a</sup>. María Ángeles García Ortiz nº 1190 de su protocolo, que establece:

» "8. La parte compradora, se subroga en el citado préstamo en la condición de deudor, y como tal, por acuerdo con la entidad acreedora, modifican el tipo mínimo a aplicar que se fija como 3,95%".

» 3. Se condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el que se subrogó mi representado mediante escritura de fecha 11 de septiembre de 2009, así como a eliminar la que se contiene en esta última escritura.

» 4. Accesoriamente a la acción de nulidad, se condene a la entidad demandada, una vez haya recalculado 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, a la devolución a mis representados de las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, más los intereses legales desde la fecha de cada pago, en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil .

» 5.- Y se condene a la entidad al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 23 de mayo de 2014 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 1184/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

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

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, dictó sentencia 9/2015, de 8 de enero , con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D. Abilio y D.<sup>a</sup> Regina 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 cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la estipulación

tercera d) página SL2626347 del contrato de préstamo hipotecario mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Eduardo C. Ballester Vázquez, el día 3 de abril de 2007; la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la estipulación segunda b) 8.- página 9K7514400 del contrato de subrogación y novación hipotecaria celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D<sup>a</sup> María de los Ángeles García Ortiz, el día 11 de septiembre de 2011. 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 hubieran estado incluidas las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro 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, 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.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A. La representación de D. Abilio y D.<sup>a</sup> Regina se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 4498/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 21 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 8 de enero 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, demos (sic) absolver y absolvemos por completo a la demandada, Caixabank, S.A., de los pedimentos de la demanda formulada en su contra por Don Abilio y Doña Regina , sin que se haga imposición del pago de las costas causadas en ambas instancias».

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana María Asencio Vegas, en representación de D. Abilio y D.<sup>a</sup> Regina , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 5 y 7 de la LCGC, en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que se ha detallado e identificado más arriba, relativa al enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de la cláusula de limitación a la variación del interés del contrato de préstamo hipotecario».

«Segundo.- Infracción del artículo 80.1 del TR LGDCU , en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que se ha detallado e identificado más arriba».

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

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

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Antecedentes del caso*



1.- D. Abilio y D<sup>a</sup> Regina ejercitaron una acción para que se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario a interés variable, originariamente concedido a la promotora de la vivienda, en el que se subrogaron cuando compraron la vivienda.

2.- El Juzgado Mercantil estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula que limitaba la variabilidad del interés, por considerar que la cláusula no superaba el control de transparencia pues el banco no suministró la información adecuada sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

3.- CaixaBank S.A. (en lo sucesivo, CaixaBank) apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que no se puede exigir a CaixaBank, que «no interviene en la subrogación y solo la consiente», que informara a los demandantes sobre las características y elementos del préstamo hipotecario porque este se formalizó inicialmente con la promotora, que era la única obligada a informar a los compradores sobre las condiciones del préstamo en el que se subrogaban.

También consideró relevante que en la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario se rebajara el tipo del interés mínimo de la cláusula suelo.

Por tales razones, la Audiencia Provincial concluyó que «no puede decirse que no hubiera mediado negociación entre estos [los compradores] y la entidad prestamista acerca de dicha cláusula, que, por otra parte, aparece redactada en términos claros, precisos y terminantes, de modo que hay que entender que los demandantes conocían suficientemente, con antelación al otorgamiento de la escritura pública de compraventa y subrogación hipotecaria, su existencia, contenido y significado».

4.- Los prestatarios han interpuesto recurso de casación basado en dos motivos, que han sido admitidos.

5.- CaixaBank ha alegado causas de inadmisión, que deben ser rechazadas, sin perjuicio de lo que se diga con relación al primero de los motivos del recurso. Respecto del segundo, los requisitos de admisión del recurso se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y el interés casacional es evidente a la vista de cuál ha sido la jurisprudencia de este tribunal sobre el control de transparencia de las **cláusulas suelo** en el caso de subrogación de los compradores en el préstamo hipotecario suscrito originariamente con el promotor.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo*

Este motivo se encabeza así:

«Infracción de los artículos 5 y 7 de la LCGC, en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que se ha detallado e identificado más arriba, relativa al enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de la cláusula de limitación a la variación del interés del contrato de préstamo hipotecario».

#### **TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- En la demanda se ha ejercitado una acción encaminada a que se declare la nulidad de la cláusula suelo por ser abusiva, en concreto, por causar un desequilibrio contrario a la buena fe y por no superar el control de transparencia. Los demandantes no solicitaron que no se tuviera por incorporada tal condición general, sino que se declarara nula por abusiva y falta de transparencia.

2.- La infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC) podría constituir el objeto de un motivo del recurso de casación si en la demanda se hubiera ejercitado una acción encaminada a declarar que la cláusula suelo no estaba incorporada al contrato de préstamo hipotecario por no reunir los requisitos de incorporación exigidos en esos preceptos.

Pero al no haber sido formulada esa pretensión, no es admisible un motivo de casación fundado en la infracción de preceptos legales distintos de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada.

#### **CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso*

1.- El motivo se encabeza con este epígrafe:

«Infracción del artículo 80.1 del TR LGDCU, en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que se ha detallado e identificado más arriba».

2.- En el desarrollo el motivo se impugna que la Audiencia Provincial haya considerado que la cláusula suelo era transparente pues no ha existido información precontractual ni tampoco en el momento de la contratación. Asimismo, se considera una pura elucubración la afirmación de que los prestatarios conocieran la existencia de la cláusula suelo o que esta formase parte de las negociaciones.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal. El control de transparencia de las **cláusulas suelo** en los supuestos de subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al vendedor*



1.- La cuestión objeto de este litigio ha sido ya resuelta por este tribunal en sentencias anteriores, como las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre , 24/2018, de 17 de enero , y 42/2018, de 26 de enero , entre otras, en algunas de las cuales Caixabank era también parte recurrida.

2.- En estas sentencias hemos afirmado:

«[...] el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia».

Por tanto, sin perjuicio de la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información relativa al préstamo que en su día les fue concedido y en el que el comprador se dispone a subrogarse, la entidad bancaria, que debe prestar su consentimiento, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados.

3.- La Audiencia Provincial ha aceptado la tesis sostenida por Caixabank, en el sentido de que quien estaba obligado a informar al comprador de la vivienda sobre la existencia de una cláusula suelo en el préstamo hipotecario en que se subrogaba, era únicamente el vendedor y no el prestamista. Esta tesis se opone a la doctrina establecida por esta sala.

Caixabank debió informar a los compradores de la vivienda de la existencia de una cláusula suelo, en los términos fijados por este tribunal en la jurisprudencia que se inicia con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo . No lo hizo y los consumidores no recibieron información alguna sobre la existencia de la cláusula suelo, razón por la cual esta no supera el control de transparencia.

4.- El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16 , caso *Bachman* ) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). Dicho tribunal resuelve la decisión prejudicial planteada por un tribunal rumano sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b ). En el caso, se planteaba la aplicación de la directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A esta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

Es decir, el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

5.- Resulta contradictorio que en el razonamiento de la sentencia recurrida se acepte que Caixabank no informara sobre la existencia de la cláusula suelo a los compradores de la vivienda que se subrogaban en el préstamo hipotecario concertado por el promotor porque no intervino en la misma y solo la consintió, y se afirme asimismo que la cláusula suelo fue negociada porque en la escritura de subrogación hubo una minoración del suelo, del 4,70% al 3,95%.

Como hemos afirmado en ocasiones anteriores, este dato, por sí solo, no supone que la cláusula haya sido negociada. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en



su art. 82.2 una presunción de no negociación de las cláusulas de los contratos celebrados por los empresarios con los consumidores. Sin ningún otro dato, el hecho de que en septiembre de 2009 se rebajara el suelo fijado años atrás, no tiene otra significación que la adaptación por la entidad bancaria del tipo mínimo a la evolución de los tipos de interés para que este no resultara desproporcionadamente elevado con relación a las circunstancias existentes en ese momento y, en concreto, respecto del tipo de interés variable fijado en el préstamo (Euribor más un punto porcentual).

6.- Por último, tampoco son correctas consideraciones como las que se contienen en la sentencia recurrida en el sentido de «hay que entender que los demandantes conocían suficientemente, con antelación al otorgamiento de la escritura pública de compraventa y subrogación hipotecaria, su existencia, contenido y significado».

Como ya afirmamos en la sentencia 24/2018, de 17 de enero, la obligación que legalmente se impone a los predisponentes de este tipo de contratos de informar de un modo comprensible sobre los elementos esenciales del contrato deriva de que la regla general es justamente la contraria, esto es, la falta de conocimiento y de comprensión del consumidor sobre aquellas condiciones generales sobre las que no ha recibido una información comprensible con anterioridad a la firma del contrato.

7.- En conclusión, el banco no suministró (porque consideró que no estaba obligado a hacerlo) información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de la escritura de subrogación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar sustancialmente al alza.

8.- Estimado este motivo del recurso de casación en el que se cuestionaban los argumentos fundamentales por los que la sentencia de la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y dado que las razones por las que el Juzgado Mercantil estimó plenamente la demanda son sustancialmente acordes con la jurisprudencia de esta sala sobre las **cláusulas suelo**, incluso con las modificaciones introducidas tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, jurisprudencia que por su extensión, reiteración y notoriedad es ocioso reproducir, procede la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la confirmación en sus propios términos de la sentencia del Juzgado Mercantil que estimó plenamente la demanda.

#### **SEXTO** .- *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 su pago a Caixabank.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, 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. Abilio y D.<sup>a</sup> Regina, contra la sentencia de 21 de marzo de 2016 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 4498/2015.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 9/2015, de 8 de enero, del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla, que confirmamos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a Caixabank 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.