



Roj: **STS 6/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:6**

Id Cendoj: **28079110012021100004**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2021**

Nº de Recurso: **305/2018**

Nº de Resolución: **16/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 16/2021

Fecha de sentencia: 19/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 305/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/01/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. SECCIÓN 5.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 305/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 16/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 19 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Pedro Miguel y D.^a Florencia, representados por la procuradora D.^a María Portero Zúñiga y bajo la dirección letrada de D. Javier Portero Zúñiga, contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2017, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso



de apelación n.º 10.055/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 26/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por la procuradora D.ª Elena Medina Cuadros y bajo la dirección letrada de D.ª Juana Inmaculada Serrano Melero.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Pedro Miguel y D.ª Florencia interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad Caixabank S.A., en la que solicitaban se dictara sentencia que:

"1.- Declare la nulidad de la cláusula sita en el folio 0T5367431 reverso de la escritura, cláusula tipo mínimo y máximo que establece lo siguiente: "Se establece que desde la primera revisión de tipos de interés en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 3,90% ni superior al 14%, así como la de las cláusulas suelo concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones".

"2.- Que se tenga por no puesta dicha cláusula sita en el folio 0T5367431 reverso de las escrituras, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula, así como las concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"3.- Declare que la entidad demandada deba reintegrar a la actora, conforme a los efectos del artículo 1303 C.C. respecto a la nulidad de la cláusula suelo controvertida, tratándose de una obligación *ex lege*, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicho interés desde la firma de la escritura de préstamo hipotecario, así como aquellas que se devenguen hasta la fecha en que se haga efectiva la sentencia, más los intereses conforme al artículo 1108 del Código Civil (*Cantidades que serán calculadas en ejecución de sentencia en caso de no producirse la restitución de manera voluntaria*).

"4.- Subsidiariamente para el supuesto de no devolución conforme a la aplicación del artículo 1303 del CC será desde mayo de 2013. (*Cantidades que serán calculadas en ejecución de sentencia en caso de no producirse la restitución de manera voluntaria*)

"5.- Condene a la demandada al pago de las costas procesales causadas".

2.- La demanda fue presentada el 22 de diciembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla, fue registrada con el n.º 26/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Caixabank S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla dictó sentencia de fecha 18 de julio de 2016, con el siguiente fallo:

"Debo desestimar y desestimo en su integridad la demanda formulada por la procuradora de los tribunales D.ª María Portero Zúñiga en la representación de D. Pedro Miguel y D.ª Florencia contra la entidad Caixabank S.A. absolviendo a la demandada de los pedimentos de la demanda con imposición a la actora de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pedro Miguel y D.ª Florencia .

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 10.055/2016 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2017, con el siguiente fallo:

"Que, estimando el recurso de apelación interpuesto, únicamente, en el particular relativo al pago de las costas causadas en la primera instancia, sobre lo que se acuerda no hacer imposición, debemos confirmar y confirmamos, en todo lo demás, la sentencia que, con fecha 18 de julio de 2016, dictó el Juzgado de Primera Instancia número 16 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, promovidos por D. Pedro Miguel y D.ª Florencia , contra Caixabank S.A., sin que se haga imposición tampoco del pago de las costas de esta alzada".

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

1.- D. Pedro Miguel y D.^a Florencia interpusieron recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

"Al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, 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, presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 28 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Florencia y D. Pedro Miguel frente a la sentencia de 24 de noviembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), en el rollo de apelación n.º 10.055/2016-F, dimanante del juicio ordinario n.º 26/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla".

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

4.- Por providencia de 4 de diciembre de 2020 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de enero de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO**.- *Antecedentes del caso*

En un caso en el que se solicita la nulidad de una "cláusula suelo" incluida en una escritura de préstamo hipotecario, la presente sentencia reitera la doctrina conforme a la cual no es aplicable el control de transparencia cuando se trata de una cláusula negociada.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. D. Pedro Miguel y D.^a Florencia interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad Caixabank S.A. alegando que el 16 de mayo de 2006 otorgaron una escritura de ampliación y modificación de préstamo a interés variable con garantía hipotecaria de la vivienda familiar en la que se incluía una cláusula de tipo mínimo y máximo de interés (cláusula suelo) que era abusiva por falta de transparencia. Solicitaban que se declarara la nulidad de la cláusula y se condenara a la demandada a restituir las cantidades cobradas de más por la aplicación de la cláusula.

2. Tanto el juzgado como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron sus pretensiones, si bien la Audiencia Provincial revocó el pronunciamiento condenatorio al pago de las costas de la sentencia del Juzgado.

El juzgado tuvo en cuenta que la demanda contenía una sesgada narración de los hechos, al haber omitido la negociación que hubo entre las partes para modificar el préstamo inicialmente concertado por las partes el 19 de enero de 1998, de tal modo que con la escritura de 16 de mayo de 2006 se amplió el importe del préstamo, se modificó el plazo, el tipo de interés y el índice de referencia.

La Audiencia, por su parte, consideró que en la escritura de novación otorgada el de 16 de mayo de 2006 se llevó a cabo, junto con una modificación del importe y del plazo de amortización, que se ampliaron, una reducción del límite de la cláusula suelo, que pasó, en beneficio de los prestatarios, del 5% al 3,90%, en un momento en el que la cláusula suelo ya se había venido aplicando durante la vigencia del contrato inicial, por lo que no podía decirse que no hubiera habido negociación individualizada ni que los prestatarios no fueran conscientes de la existencia y significado de la cláusula suelo. Añadió además algunas consideraciones sobre la claridad de la cláusula, su ubicación transparente en la escritura, la información notarial y la relevancia de que se tratara de una modificación de un préstamo concedido por la propia entidad y no de la concesión de un nuevo préstamo.

3. Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en un motivo.

**SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Planteamiento del recurso.* El único motivo del recurso de casación, interpuesto por la vía del interés casacional, denuncia infracción de 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".

En su desarrollo, la demandante ahora recurrente razona que el control de transparencia es aplicable en los supuestos de subrogación en el préstamo concedido al promotor (sobre lo que cita jurisprudencia) y que en el caso no hubo información precontractual ni contractual, no hubo simulaciones ni pudo comparar ofertas. Reprocha a la sentencia recurrida que, contra la doctrina jurisprudencial que declara la nulidad de las cláusulas suelo, considere que los demandantes tuvieron oportunidad de conocer las condiciones y que hay transparencia porque se disminuyera el tipo en beneficio del consumidor. Además, reproduce fragmentos de sentencias de esta sala y de alguna audiencia provincial acerca de la licitud de las cláusulas suelo transparentes.

2. *Escrito de oposición.* La parte recurrida invoca causa de inadmisibilidad porque, según dice, el recurso no identifica la norma infringida. Como causa de oposición, alega que la sentencia recurrida considera que la cláusula impugnada fue objeto de negociación, y que el control de transparencia no es aplicable a las cláusulas negociadas.

3. *Decisión de la sala. Desestimación del recurso.* Ciertamente, el recurso adolece de una deficiente técnica casacional pero, contra lo que dice la recurrida en su escrito de oposición, el motivo no se limita a invocar la jurisprudencia a la que según la recurrente se opondría la sentencia recurrida, sino que también cita las normas que considera infringidas y plantea la cuestión jurídica de la necesidad de transparencia para la validez de las cláusulas suelo incluidas en contratos de préstamo hipotecario concedidos a consumidores.

Sin embargo, el recurso debe ser desestimado porque prescinde de que la verdadera razón que tuvo en cuenta la sentencia recurrida para desestimar la apelación de los demandantes y confirmar la desestimación de su petición de declaración de nulidad por falta de transparencia de la cláusula es que hubo negociación. La Audiencia ha concluido que los prestatarios, conocedores de la existencia de la cláusula suelo en la hipoteca que concertaron en enero de 1998, porque desplegó sus efectos, negociaron en 2006 una novación del préstamo en la que ampliaron el capital prestado y la duración del préstamo, y también modificaron, en su exclusivo beneficio, el tipo de la cláusula suelo. En su recurso, los demandantes están prescindiendo de la base de la que parte la sentencia, que la novación que recoge la escritura de 16 de mayo de 2006 fue fruto de la negociación y que hubo pleno conocimiento de los consumidores sobre lo que pactaban.

Como recuerdan, entre otras, las sentencias 660/2019, de 11 de diciembre, y 361/2019, de 26 de junio, los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las condiciones generales de la contratación. En concreto, los controles de transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, si una cláusula ha sido negociada, no son aplicables estos controles. La condición de consumidor de uno de los contratantes no excluye la aplicación de esta regla.

Así las cosas, la impugnación formulada en el recurso no puede ser estimada, pues el control de transparencia solo es aplicable a las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, y la sentencia recurrida considera como hecho probado que hubo negociación. Por tanto, las alegaciones sobre cómo debe realizarse ese control de transparencia son irrelevantes, pues la cláusula suelo de la escritura de novación no es susceptible de ser sometida a tal control, al ser una cláusula negociada.

TERCERO. Costas y depósito

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2. Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, 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- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Florencia y D. Pedro Miguel frente a la sentencia de 24 de noviembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 10.055/2016-F, dimanante del juicio ordinario n.º 26/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla.



2.º- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ