

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3091/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles
Bartolomé Pardo

TR AL SUPREMO
Sala de lo Civil

Sentencia núm. 41/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 27 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por ██████████ ██████████, representados por la procuradora doña María del Mar García Perales y bajo la dirección letrada de Dña. Ana Belén Echevarría Sánchez, contra la sentencia n.º 136/2018, dictada con fecha 24 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a), en el recurso de apelación núm. 538/2017, dimanante del procedimiento ordinario n.º 266/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Baza.

Ha sido parte recurrida Caixabank S.A. (antes Bankia, S.A. y antes Banco Mare Nostrum, S.A.), representada por la procuradora Dña. María Isabel Afonso Rodríguez, bajo la dirección letrada de don Manuel Ballesteros Martínez de Medinilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de mayo de 2016, la procuradora doña María del Mar García Perales, en nombre y representación de don [REDACTED] y doña [REDACTED], presentó una demanda de juicio ordinario en acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación y reclamación de cantidad contra la entidad BMN-BANCO MARE NOSTRUM, S.A.

Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitó del Juzgado que conforme al suplico de la demanda, tras los trámites, dictara sentencia por la que se declarase:

«[...] A. NULIDAD DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE LIMITACIÓN A LA VARIACIÓN DEL INTERÉS, Cláusula Primera, apartado D, Intereses ordinarios, en concreto, en su párrafo noveno, con todos los efectos inherentes a tal declaración. (SEGÚN ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO).

» B. NULIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES FINANCIERAS DEL PRÉSTAMO NÚMERO 3136.5000001139, de fecha 25 de junio de 2015, en su integridad, ya que su principal objeto es regularizar una situación que trae causa de pleno derecho.

» C. La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual de limitación a la variación de los tipos de interés, Cláusula Primera, apartado D, Intereses ordinarios, en concreto, en su párrafo sexto, declarando que la entidad proceda devolución de aquellas cantidades abonadas indebidamente por mi mandante durante .la aplicación de dicha cláusula, tal como ha confirmado el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Zaragoza, Madrid y N.º 1 de Granada, en sentencias de 27 de abril de 2013, 3 de Noviembre de 2015 y 23 de Junio de 2014, respectivamente, en aplicación estricta del derecho de la Unión Europea y del artículo 1303 del Ce, y, subsidiariamente, para el supuesto de considerar que no procede la retroactividad por cuestiones de índole económico nacional y/u orden público, se estime la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula desde la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

» D. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada».

SEGUNDO. Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Baza, se registró como procedimiento ordinario n.º 266/2016. Admitida a trámite, se dispuso el emplazamiento de la demandada para que compareciera en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de oponerse a la pretensión formulada de contrario. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Baza, dictó sentencia de fecha 21 de junio de 2017 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«FALLO:

» Que desestimando íntegramente la demanda promovida por la Procuradora Doña M.ª del Mar García Perales, en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED], contra “BANCO MARE NOSTRUM”, absuelvo a dicha demandada de los pedimentos formulados en su contra

» No se efectúa especial pronunciamiento sobre las costas».

TERCERO. Los demandantes, don [REDACTED] y doña [REDACTED] interpusieron recurso de apelación contra la sentencia, solicitando la nulidad de la cláusula suelo, con todos los efectos inherentes a tal declaración, y la condena de la demandada al pago de las costas de la primera instancia al que se opuso, en tiempo y forma, la representación de Banco Mare Nostrum, S.A., solicitando de la Audiencia Provincial que se dictara sentencia desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto de contrario, con imposición de las costas a los recurrentes. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, a la que correspondió el conocimiento del asunto, dictó sentencia n.º 136/2018 de fecha 24 de abril de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO

» Desestimamos el recurso de apelación presentado por doña [REDACTED] y confirmamos la sentencia de 21 de junio de 2017, dictada en el juicio ordinario n.º 226/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Baza, condenando a los recurrentes al pago de las costas del recurso y la pérdida del depósito que se le dará el destino legal».

CUARTO. La representación procesal de los demandantes-apelantes, interpone contra la mencionada sentencia dentro del plazo legal y al amparo

de los artículos 469, 477 y 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1. Invoca un único motivo para la interposición del recurso extraordinario por Infracción procesal, que introduce con el siguiente encabezamiento:

«[...] a) Al amparo del artículo 469.1. 2º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de la prueba y reguladoras, asimismo, de la sentencia. Error en la distribución de la carga de la prueba. Error en la aplicación e interpretación del derecho. Motivo: Infracción artículo 217.6 y 218.2 de la LEC. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada adolece de un patente error en la aplicación e interpretación de la normativa legal y doctrina jurisprudencial que es de aplicación, así como de la prueba practicada».

2. El recurso de casación se interpone fundamentado en un único motivo que introduce con el siguiente encabezamiento:

«[...] a) Al amparo del artículo 477.1 y 3 LEC.

» Al tener interés casacional, dado que la Sentencia n.º 136, de 24 de abril de 2.018, contraviene y se opone a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 705, de 9 de mayo, así como las dictadas con posterioridad a esta en materia del doble control de transparencia al que se encuentran sujetas las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores, tales como, SSTS 3 de julio de 2.016 o 9 de marzo de 2.017, n.º 171/2017

» Motivo: Infracción del artículo 1 Ley Condiciones Generales de la Contratación y los artículos 1, 4 y 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo.

» Es procedente el recurso de casación por encontrarnos dentro de los supuestos establecidos en el art. 477.1 y 3 LEC».

QUINTO. Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas las partes, por auto de fecha 26 de mayo de 2021 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos, confiriéndose traslado del citado auto de admisión a la parte recurrida para que formalizara oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del

correspondiente escrito, en el que solicita se dicte sentencia que desestime los recurso de infracción procesal y casación interpuestos con expresa condena en costas a los recurrentes. Solicita en base a la documentación que presenta y que acredita la fusión por absorción de Bankia S.A y Caixabank S.A. en fecha 26-3-2021, se declare la sucesión procesal a favor de Caixabank S.A, a quien corresponde la legitimación pasiva del procedimiento.

SEXO. Por providencia de fecha 10 de diciembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 18 de enero de 2022, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. El 16 de junio de 2006, D. [REDACTED], de una parte, y la Caja General de Ahorros de Granada, de la otra, formalizaron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria en cuya estipulación primera se incluyó, bajo la letra D), la siguiente cláusula financiera:

«D) Intereses ordinarios:

»A efectos de la determinación del tipo de interés aplicable al capital prestado, el plazo total de devolución del préstamo se dividirá en dos fracciones temporales. Durante la primera fracción, que tendrá un plazo de duración hasta el 30 de Diciembre de 2.006, el tipo de interés nominal anual será del 4,963% fijo e invariable.

»Durante la segunda fracción temporal, el interés aplicable será VARIABLE SEMESTRALMENTE, al alza o a la baja, fijándose como referencia EL TIPO MEDIO PUBLICADO EN EL B.O.E. POR EL BANCO DE ESPAÑA AL QUE SE OFREZCAN DEPOSITOS INTERBANCARIOS EN EUROS A PLAZO

DE UN AÑO, EN EL MES ANTERIOR A LA FECHA DE REVISION. A dicho referencial, sin efectuar conversión alguna, se le añadirá un margen diferencial de 1,500 puntos porcentuales. Dicho diferencial podrá reducirse hasta un máximo de 0,90 puntos porcentuales, por aplicación de la tasa de bonificación prevista en el apartado letra E) siguiente de la presente Estipulación.

»La modificación del tipo de interés pactado se efectuará, en su caso, por periodos vencidos de SEIS MESES a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura.

»Para el supuesto de no publicación del tipo de referencia antes citado, se tomará el último de los publicados por el mismo Organismo de dicho referencial; caso de desaparición se aplicará el tipo de referencia que lo sustituya oficialmente y, caso de suspender su publicación por plazo superior a un año sin ser sustituido, el último que se haya publicado por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, como tipo de referencia de CECA para operaciones de activo. En cualquiera de estos supuestos el procedimiento para su aplicación será el mismo que se ha indicado en los párrafos anteriores.

»La Caja General de Ahorros de Granada comunicará a la parte prestataria la variación del tipo de interés, por correo, al día siguiente del vencimiento de cada periodo de revisión, salvo en el supuesto de que el índice referencial figure entre los recomendados por el Banco de España, para este tipo de operaciones, en cuyo caso la Caja quedará eximida de tal obligación. La variación de intereses se aplicará de forma automática a partir de la fecha de revisión. La parte prestataria, en caso de no interesarle el nuevo tipo de interés resultante de la revisión, tendrá derecho, dentro del plazo de quince días desde que proceda la aplicación del nuevo tipo de interés revisado, a la cancelación de la operación al tipo de interés vigente anterior a la variación operada.

»Una vez revisado, el tipo de interés resultante en ningún caso podrá ser superior al 14% nominal anual, ni inferior al 3% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca.

»El cálculo de intereses se efectuará aplicando el tipo de interés anual nominal sobre el “capital pendiente de pago teórico” en el momento del

devengo de aquellos, minorado durante el periodo de carencia en el importe correspondiente del saldo que en cada momento presente la cuenta especial mencionada en el apartado A) anterior, y se liquidará por periodos vencidos.

»Se entiende por “capital pendiente de pago teórico” el previsto inicialmente en el planteamiento de la operación para cada momento de su vigencia, en el supuesto de que se hayan satisfecho puntualmente los vencimientos que hayan transcurrido.

»El cómputo del tiempo de devengo de intereses se realizará por año civil, y utilizando como base de liquidación el año de trescientos sesenta días (las mayúsculas y el subrayado son del texto original).

2. El 25 de junio de 2015, D. [REDACTED] de una parte, y Banco Mare Nostrum, S.A., de la otra, firmaron un documento denominado «contrato de modificación de condiciones financieras del préstamo núm. 3136.5000001139» (él que habían formalizado en la escritura de 16 de junio de 2006) en el que se acordó: (i) «[m]odificar el tipo de interés a aplicar a las liquidaciones del préstamo que se practiquen desde el mes de julio del año 2015 inclusive hasta el mes de diciembre del año 2016 el cual será del 2,25 ciento nominal anual siendo su tasa anual equivalente TAE del 2% [...]»; y (ii) «[s]uprimir con fecha de efectos del día de la última liquidación de intereses practicada y hasta el vencimiento del Préstamo, el Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo y el Tipo de Interés Fijo Máximo o cláusula suelo [es evidente que hay un error y que se quiere decir cláusula techo] aplicables al Préstamo, por lo que el tipo de interés nominal aplicable al préstamo será el que resulte de la revisión de conformidad con la periodicidad y sistemas establecidos en la Escritura de Préstamo y con el resto de modificaciones, en su caso, acordadas en este contrato [...]» (las mayúsculas y el subrayado son del texto original).

3. En el año 2016, D. [REDACTED] interpusieron una demanda contra el Banco Mare Nostrum, S.A. pidiendo: (i) que se declarara la nulidad tanto de la cláusula suelo (la que establecía que «Una vez revisado, el tipo de interés resultante en ningún caso podrá ser superior al 14% nominal anual, ni inferior al 3% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca»), por falta de transparencia,

como del contrato de modificación de condiciones financieras del préstamo hipotecario, por tener por principal objeto la regularización de una situación nula de pleno derecho; (ii) y que se condenara a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades que habían abonado por la aplicación de la meritada cláusula o, subsidiariamente, de las satisfechas desde el 9 de mayo de 2013; y todo ello con imposición de costas a la demandada. Esta, por su parte, se opuso a la demanda y solicitó su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

4. El juzgado dictó sentencia desestimando la demanda, sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas. Entendió que la nulidad de la cláusula supondría su expulsión del contrato y que, sin ella, el desenvolvimiento de este resultaría inviable, aunque se admitiera su subsistencia al no verse afectados sus elementos esenciales.

5. Los demandantes interpusieron recurso de apelación solicitando la nulidad de la cláusula suelo, con todos los efectos inherentes a tal declaración, y la condena de la demandada al pago de las costas de la primera instancia.

6. La Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia, imponiendo las costas de la apelación a los apelantes.

La Audiencia razonó su decisión de la siguiente forma:

«[e]stamos ante un recurso que contiene alegaciones genéricas, sin ninguna referencia ni fundamento a un hecho tan concreto y relevante como es que se pactó que la prestataria siempre pagaría una cuota constante, variando el plazo de amortización en función del tipo de interés. De hecho en la cláusula financiera C) de la escritura el nombre comercial de esta operación es el de “cuota segura”, pues como explicó la actora en el acto del juicio, lo que a ella le interesaba era saber qué cuota debía pagar mensualmente para así asegurarse que podía hacer frente a sus obligaciones de pago futuras y que la duración del préstamo dependía de si el Euribor subía o bajaba [...]

»Por tanto, en este caso tan singular consideramos que se superaría el segundo control de transparencia exigido por el TS para la validez de la cláusula, al conocer la prestataria las consecuencias jurídicas y económicas de la operación, en concreto, que tenía que pagar una cuota constate en un número de años indeterminado a la fecha de firmarse el contrato, pero que como máximo serían de 360 cuotas y como mínimo de 216 cuotas; y esto era así porque en la cláusula D) de la escritura se pacto (sic) un límite mínimo y un límite máximo al tipo de interés remuneratorio y como explicó la empleada de la entidad, como

mínimo los clientes pagarían un total de 216 cuotas si se aplicaba al préstamo el tipo de interés mínimo pactado en el 3%»

»[...]

«[U]na nueva valoración de la prueba en esta segunda instancia nos lleva a desestimar el recurso de apelación, al considerar que la cláusula suelo que incorpora la escritura de préstamo superaría este segundo filtro de transparencia a pesar de incluirse en la escritura sin darle un resalte específico, al considerar acreditado que los actores al suscribir el contrato conocían que el interés remuneratorio si bien era variable, se movía dentro de unos parámetros, con un mínimo a aplicar lo que afectaría al plazo de devolución que se movía entre los 18 y 30 años, sin que en el escrito de apelación contenga alegaciones sobre la inclusión de esta cláusula donde se le informa al adherente que, como consecuencia del tipo de interés remuneratorio pactado, estaría obligado a pagar una cuota constante y con un plazo de amortización que quedaba indeterminado y que podría variar entre 360 y 216 cuotas, lo que supone, en definitiva, explica (sic) la dinámica de la cláusula suelo, lo que le permitía a la prestataria comparar con ofertas de otras entidades en función de la cuota a abonar y el periodo de pago, circunstancias que fueron conocidas por la actora, tal y como explicó en el acto del juicio».

7. Los demandantes-apelantes han interpuesto recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal que han sido admitidos. Formalizando la demandada-apelada escrito de oposición en el que alega causas de inadmisión del recurso de casación.

8. Al alegarse causas de inadmisión del recurso de casación, procede su examen previo, pues conforme a la regla 5.^a del apdo. 1. DF. 16.^a LEC la inadmisión del recurso de casación determinaría la del recurso extraordinario por infracción procesal (sentencias 23/2021, de 25 de enero, 453/2020, de 23 de julio y 147/2020, de 4 de marzo, entre otras).

SEGUNDO. *Examen y resolución de las causas de inadmisión*

1. El recurso de casación plantea un motivo único que denuncia la infracción del art. 1 LCGC y de los arts. 1, 4 y 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la conculcación por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial de la sala (se mencionan las sentencias de 9 de mayo de 2013, de 3 de julio de 2016 y de 9 de marzo de 2017) sobre el «doble control de transparencia al que se encuentran sujetas las

condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores».

2. La recurrida alega como causas de inadmisión del recurso de casación: falta de justificación del interés casacional; inexistencia de interés casacional a la vista de la base fáctica y de la razón decisoria de la sentencia recurrida; e incumplimiento de los requisitos de encabezamiento y desarrollo del motivo, dado que: no se justifica de qué forma ha infringido la sentencia las normas jurídicas sustantivas que se enumeran en el encabezamiento; se aglutinan cuestiones heterogéneas o submotivos; y no existe correspondencia entre las normas sustantivas presuntamente infringidas y los argumentos que se desarrollan.

3. Las causas de inadmisión se rechazan.

Lo que se plantea en el recurso de casación es la falta de adecuación del juicio de transparencia realizado por la Audiencia a la Directiva 93/13/CEE, así como a la jurisprudencia de esta sala.

Esta cuestión es de naturaleza jurídico-sustantiva y la recurrida, atendido el contenido del escrito que ha presentado, la ha identificado sin dificultad y, por lo tanto, ha podido formular una oposición adecuada y sin merma alguna del principio de contradicción a lo pretendido por los recurrentes. Es claro, de otra parte, que para resolverla no es preciso modificar la base fáctica de la sentencia, sin perjuicio de la valoración jurídica que la misma nos merezca.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO. *Motivo del recurso. Alegaciones de la recurrida. Decisión de la sala*

Motivo del recurso

1. El recurso extraordinario por infracción procesal plantea un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento: «Al amparo del artículo 469.1. 2º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la carga de prueba y reguladoras, asimismo, de la sentencia. ERROR EN LA DISTRIBUCION (sic)

DE LA CARGA DE LA PRUEBA. ERROR EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACION (sic) DEL DERECHO. Motivo: Infracción artículo 217.6 y 218.2 de la LEC. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada adolece de en (sic) un patente error en la aplicación e interpretación de la normativa legal y doctrina jurisprudencial que es de aplicación, así como de la prueba practicada» (las mayúsculas son del texto original).

En su desarrollo se alega que: «[L]o único que ha quedado acreditado en el presente procedimiento tras el análisis de todo el acervo probatorio es que [...] conocían que la duración del préstamo podría variar en función de las amortizaciones que se fueran efectuando, lo que determinaba el pago de una cuota fija mensual, es decir fueron informados y conocían los aspectos relevantes de la dura ración (sic) indeterminada del préstamo pero en momento alguno pudieron conocer las concretas consecuencias económicas que conllevaba el establecimiento de la cláusula suelo [...], porque no se le (sic) facilitó información alguna a tal respecto»; y que: «[a] diferencia del resultado alcanzado por la audiencia provincial (sic) y por el que se llega a la conclusión de que en el presente caso se supera el control de transparencia fundamentando dicha aseveración en que [...] conocían lo indeterminado de la duración del contrato, lo lógico realmente es que, al no haber recibido información, ni haber llegado a conocer y comprender la carga y consecuencias económicas concretas que el mismo conllevaba, justamente lo contrario, esto es, que en modo alguno, puede tenerse por superado el control de transparencia, y no solo desde su perspectiva real, sino también desde la forma (sic), dado que, como la propia audiencia provincial (sic) expone en su sentencia, la cláusula suelo que si (sic) tiene un papel fundamental en este contrato, no se encuentra suficientemente resaltada, pasando inadvertida para mis principales».

Alegaciones de la recurrida

2. La recurrida solicita la desestimación del recurso.

Aduce que se ha interpuesto «[p]or el cauce del art. 469.1, apartado 2^a (sic) de la LEC, por un pretendido un (sic) error en la distribución de las reglas de carga de la prueba», y que dicho «[p]lanteamiento se enfrenta con dos escollos insuperables:

»Primero, la Sentencia declara probados todos los hechos relevantes para su fallo. Por tanto, no le atribuye a ninguna de las partes las consecuencias negativas de no haber probado hechos que serían determinantes para llegar al fallo y, en consecuencia, no se ve en la necesidad de aplicar las reglas de distribución de la carga de la prueba (217 LEC), en defecto de prueba sobre uno o varios hechos;

»Segundo, [...] la parte Recurrente confunde la eventual crítica sobre la valoración de la prueba, que debería haber articulado por la vía del 469.1, apartado 4ª de la LEC, con el recurso que ha interpuesto, por la vía del ordinal 2ª del 469.1 de la LEC».

Decisión de la sala

3. En el encabezamiento del motivo: (i) se entremezclan, de forma indiscriminada, infracciones procesales de diferente naturaleza (error en la aplicación e interpretación -valoración- de la prueba, vulneración de las reglas de la carga de la prueba y falta o defecto de motivación), obviando que deben ser objeto de formulación en motivos distintos y separados; (ii) se denuncia el error en la valoración de la prueba, pero sin mencionar el art. 469.1.4º LEC, en el que se establece el motivo que debe servir de cauce a la queja; (iii) se alega la infracción del art. 217 LEC, lo que en el presente caso carece de sentido, ya que la sentencia recurrida no ha aplicado las normas de atribución de la carga de la prueba previstas en dicho precepto; (iv) se desconsidera que no cabe alegar sobre un mismo hecho, por razón de incompatibilidad, el error patente en la valoración de la prueba y la vulneración de las reglas de la carga de la prueba; (v) y se alude al «[p]atente error en la aplicación e interpretación de la normativa legal y doctrina jurisprudencial que es de aplicación» de forma improcedente, puesto que dicha cuestión no puede ser objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, sino, en su caso, del recurso de casación por interés casacional.

Además, el desarrollo del motivo, que tampoco está en correspondencia con el encabezamiento, dado que no se razona el error en la valoración de la prueba ni la vulneración de las reglas de la carga de la prueba ni la falta o el defecto de motivación, lo que pone de manifiesto, atendido su contenido, es la disconformidad de los recurrentes con el juicio afirmativo de la

Audiencia sobre la transparencia de la cláusula litigiosa, lo que constituye una divergencia jurídica de fondo cuyo análisis debe llevarse a cabo en el marco del recurso de casación.

En conclusión, y por las razones expuestas (que en puridad deben considerarse causas de inadmisión y, en este momento, de desestimación), procede rechazar el motivo y, con él, el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

CUARTO. Motivo del recurso. Alegaciones de la recurrida. Decisión de la sala

Motivo del recurso

1. El recurso de casación se funda en un motivo único con el encabezamiento que hemos señalado con anterioridad y en cuyo desarrollo se alega que no existió oferta vinculante o folleto informativo ni cuadro de amortización; que la demandada no cumplió las exigencias informativas de su cargo; que la cláusula, como la propia Audiencia reconoce en la sentencia, no se encuentra suficientemente resaltada, por lo que no se supera el control de transparencia ni siquiera desde la perspectiva formal; que la Audiencia considera, desde la perspectiva real del doble control de transparencia, que el simple hecho de que se les informara y fueran conocedores de que la duración del contrato era indeterminada y de que esta variaba en función del tipo de interés es suficiente para que entiendan las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo; y que, de esa manera, se está obviando que «[p]ara ello, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato y que ello se efectuó con la antelación suficiente, esto es en fase precontractual, con objeto de que el consumidor adopte su decisión de contratar con conocimiento de todas las implicaciones que ello conlleva y pueda ser conocedor de las eventuales modificaciones y cambios en el coste del crédito».

Alegaciones de la recurrida

2. La recurrida se opone al motivo alegando que «[D]adas las circunstancias concurrentes al tiempo de la concertación del Préstamo (sic) debe descartarse que el Banco (sic) omitiese información relevante sobre el efecto de la cláusula suelo, puesto que hay tres circunstancias decisivas: (i) la cuota del Préstamo (sic) era constante y los actores conocían antes de contratar cuánto iban a pagar; (ii) los actores sabían que el tipo de interés de su préstamo estaba acotado por una cláusula suelo, que sin embargo no provoca una alteración del importe de las cuotas del Préstamo (sic) -hecho que la Sentencia (sic) declara probado-; y (iii) los actores sabían que el plazo de duración del Préstamo (sic) era variable (entre 18 y 30 años) y aumentaría si el tipo de interés aplicable en cada revisión era superior a la cláusula suelo -hecho que la Sentencia (sic) declara probado-». Alega también, a mayor abundamiento, que en el año 2015 suscribió con los recurrentes un pacto transaccional, mediante el cual se suprimió la cláusula suelo, que se erige en otro obstáculo «[f]rente a la pretensión de nulidad de la cláusula suelo del Préstamo, al resultar aplicables (sic) la objeción que nace de los arts. 1809 y 1816 del Código Civil, sin que haya resultado este negocio jurídico afectado por ninguna causa de nulidad».

Decisión de la sala

3. En la sentencia 433/2019, de 17 de julio, dijimos:

«[e]n la contratación con consumidores, junto [... al] control de incorporación, es necesario que la condición general impugnada supere el control adicional de contenido, que hemos llamado material o de transparencia reforzada, el cual, como ha declarado reiteradas veces esta Sala, no puede ser reconducido al mero control de la incorporación de la cláusula predispuesta, sino que implica adquirir el conocimiento real de los compromisos económicos y jurídicos efectivamente asumidos, lo que exige una adecuada y completa información precontractual, dada la relación de asimetría convencional, que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere la comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio y 209/2019, de 5 de abril). No basta pues con la simple claridad gramatical (STS 483/2018).

»Constituye un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTS 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo, las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de

diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), la que viene entendiendo que:

»“[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga ‘antes de la celebración del contrato’ de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato”.

»De la misma forma la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que “el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13” (ap. 49), añade:

»“50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).

»51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”».

El juicio afirmativo de la Audiencia sobre la transparencia de la cláusula litigiosa no se ajusta a la doctrina anterior.

Dice la Audiencia que hay un hecho concreto y relevante: «se pactó que la prestataria siempre pagaría una cuota constante, variando el plazo de amortización en función del tipo de interés». De ahí el nombre comercial de la operación: cuota segura. Y de ahí el interés en ella de la prestataria, que lo

que quería «era saber qué cuota debía pagar mensualmente para así asegurarse que podía hacer frente a sus obligaciones de pago futuras y que la duración del préstamo dependía de si el Euribor subía o bajaba [...]».

A partir de lo anterior, que no contiene alusión, mención o referencia alguna a la cláusula suelo, no cabe concluir, como concluye la Audiencia, «que se superaría el segundo control de transparencia exigido por el TS para la validez de la cláusula, al conocer la prestataria las consecuencias jurídicas y económicas de la operación [...]».

El argumento incurre en un claro *non sequitur*. El hecho de que los prestatarios supieran que tenían que pagar una cuota constante «variando el plazo de amortización en función del tipo de interés» y que «la duración del préstamo dependía de si el Euribor subía o bajaba», no dice nada de la cláusula suelo.

Y tampoco se puede considerar superado dicho control por lo que la Audiencia dice a continuación para confirmar su conclusión: «esto era así porque en la cláusula D) de la escritura se pacto (sic) un límite mínimo y un límite máximo al tipo de interés remuneratorio y como explicó la empleada de la entidad, como mínimo los clientes pagarían un total de 216 cuotas si se aplicaba al préstamo el tipo de interés mínimo pactado en el 3%».

Los recurrentes no niegan la inclusión de la cláusula suelo en la cláusula financiera D) de la escritura que suscribieron. Tampoco niegan su contenido. Y no discuten tampoco la explicación que de ella ofrece la empleada de la entidad.

Lo que dicen es que, además de que la cláusula no estaba especialmente resaltada, como la propia Audiencia señala, la demandada incumplió, en relación con la misma, sus deberes de información, por lo que su decisión de contratar no pudo ser adoptada con conocimiento de su incidencia en su obligación de pago y su papel real en la economía del contrato. En definitiva, sostienen que la cláusula no es transparente.

Y, desde luego, no se puede afirmar que lo sea por su simple inclusión en la escritura, por su propio y mismo contenido o por el sentido que le atribuye la empleada de la entidad. Es más, desde el punto de vista de los

hechos lo concreto y relevante, según la Audiencia, es que «se pactó que la prestataria siempre pagaría una cuota constante, variando el plazo de amortización en función del tipo de interés» y que «lo que a ella le interesaba era saber qué cuota debía pagar mensualmente para así asegurarse que podía hacer frente a sus obligaciones de pago futuras y que la duración del préstamo dependía de si el Euribor subía o bajaba». A partir de lo anterior se puede decir que los recurrentes vinculaban el tiempo durante el que pagarían su cuota fija con el Euribor, pero no con la cláusula suelo.

Más adelante, la Audiencia dice que la cláusula suelo superaría el filtro de transparencia material a pesar de haber sido incluida en la escritura de préstamo sin darle un resalte específico. La Audiencia apoya la aserción en las siguientes razones: (i) de una parte, «los actores al suscribir el contrato conocían que el interés remuneratorio si bien era variable, se movía dentro de unos parámetros, con un mínimo a aplicar lo que afectaría al plazo de devolución que se movía entre los 18 y 30 años»; (ii) de otra, en la cláusula se informaba al adherente de que, «como consecuencia del tipo de interés remuneratorio pactado, estaría obligado a pagar una cuota constante y con un plazo de amortización que quedaba indeterminado y que podría variar entre 360 y 216 cuotas»; y esto, a juicio de la Audiencia, «explica la dinámica de la cláusula suelo, lo que le permitía a la prestataria comparar con ofertas de otras entidades en función de la cuota a abonar y el periodo de pago, circunstancias que fueron conocidas por la actora, tal y como explicó en el acto del juicio».

Al razonamiento anterior cabe hacer las siguientes consideraciones: (i) aunque lo que dice ahora la Audiencia, utilizando una terminología ambigua y poco precisa: que los recurrentes sabían que «el interés remuneratorio si bien era variable, se movía dentro de unos parámetros, con un mínimo a aplicar lo que afectaría al plazo de devolución que se movía entre los 18 y 30 años», no es exactamente lo mismo que decía antes: que lo que los recurrentes sabían es que tenían que pagar una cuota constante «variando el plazo de amortización en función del tipo de interés» y que «la duración del préstamo dependía de si el Euribor subía o bajaba», sigue siendo insuficiente para considerar superado, dadas sus exigencias, el canon de transparencia; (ii) ni la cláusula suelo ni la cláusula financiera de la que forma parte contienen la

información que menciona la Audiencia, por lo tanto, su dinámica no puede considerarse explicada por su solo y simple contenido; (iii) finalmente, respetando los hechos probados de la Audiencia y, por lo tanto, lo que esta dice que la actora explicó en el acto del juicio, lo único que cabe considerar es que «se pactó que la prestataria siempre pagaría una cuota constante, variando el plazo de amortización en función del tipo de interés», ya que «lo que a ella le interesaba era sabe[r] qué cuota debía pagar mensualmente para así asegurarse que podía hacer frente a sus obligaciones de pago futuras y que la duración del préstamo dependía de si el Euribor subía o bajaba». Y de dicha consideración no cabe inferir, puesto que, como ya hemos dicho, nada dice de la cláusula suelo, su carácter transparente.

La recurrida, en su escrito de oposición, alega, también, a mayor abundamiento, que en el año 2015 suscribió con los recurrentes un pacto transaccional «[c]uya finalidad era evitar un potencial litigio, con lo que pactaron suprimir la cláusula suelo»; añadiendo que «[e]se acuerdo alcanzado en 2015 entre las partes sería otro obstáculo frente a la pretensión de nulidad de la cláusula suelo del Préstamo (sic), al resultar aplicables (sic) la objeción que nace de los arts. 1809 y 1816 del Código Civil, sin que haya resultado este negocio jurídico afectado por ninguna causa de nulidad».

La nulidad del denominado «contrato de modificación de condiciones financieras del préstamo número 3136.5000001139», que los recurrentes también demandaron, por tener por principal objeto la regularización de una situación nula de pleno derecho, no fue mantenida en el recurso de apelación que estos interpusieron contra la sentencia desestimatoria dictada en primera instancia. Por lo que es cierto, como señala la recurrida, que ese negocio jurídico no ha sido afectado por ninguna causa de nulidad y que, por lo tanto, es válido y eficaz.

Sin embargo, no es un obstáculo a la pretensión de nulidad de la cláusula suelo, porque, al contrario de lo que propugna la recurrida, ese acuerdo no puede ser jurídicamente calificado como “un pacto transaccional”. No, al menos, sin justificar debidamente, lo que la recurrida no hace, la concurrencia de determinadas condiciones. Conforme al art. 1809 CC, y en consideración a un pleito actual o potencial comenzado o susceptible de

promoverse por la existencia de una situación controvertida, que se den concesiones recíprocas por las partes y que estas acuerden de esa manera, dando, prometiendo o reteniendo cada alguna cosa, ponerle término o evitar su provocación.

Sobre la existencia de concesiones recíprocas la recurrida no dice nada. Refiere la supresión de la cláusula suelo, pero no llega a mencionar cuál fue la contrapartida. En su alegato no argumenta ni razona sobre algo que resulta esencial, dado el carácter bilateral (o plurilateral) de la transacción, que no resulta concebible sin obligaciones mutuas.

Y sobre la voluntad de las partes de evitar la provocación de un pleito, lo que sostiene, como hemos dicho con anterioridad, es que «[m]ediante el acuerdo de 2015 las partes suscribieron una transacción cuya finalidad era evitar un potencial litigio, con lo que pactaron suprimir la cláusula suelo». Pero obviando y silenciando por completo que los términos del acuerdo, que son claros y no dejan duda sobre la intención de los partes, no dicen eso, sino que la modificación de las condiciones financieras del préstamo se acuerda «[e]n consideración a la vinculación del cliente con la Entidad (sic) y [...] en beneficio de la parte prestataria», no conteniéndose mención alguna a la voluntad o intención de las partes de transaccionar, ante la existencia de una situación controvertida, con la intención o afirmada finalidad de evitar un pleito.

El denominado «contrato de modificación de condiciones financieras del préstamo número 3136.5000001139», que carece de contenido transaccional, constituye en realidad un acuerdo novatorio. Más concretamente, se trata de una novación impropia del art. 1203.1.º CC que modifica la relación obligatoria relativa al pago de los intereses ordinarios, que sigue subsistiendo, pero en los términos alterados resultante del acuerdo.

Ahora bien, dicho acuerdo no contradice ni resulta incompatible con los efectos derivados de la nulidad de la cláusula suelo introducida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada el 16 de junio de 2006 al no cumplirse las exigencias de transparencia, de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que se concretan, conforme al principio de efectividad consagrado en su art. 6.1, en que la cláusula no vincule al consumidor y se

tenga por no puesta, con la restitución de las cantidades indebidamente cobradas al aplicarla.

4. En conclusión, estimamos el recurso y casamos la sentencia recurrida para, asumiendo la instancia, estimar en parte el recurso de apelación, revocar en parte la sentencia de primera instancia y estimar en parte la demanda, declarando la nulidad de la cláusula litigiosa y condenando a la demandada a devolver a los demandantes la totalidad de las cantidades cobradas indebidamente por su aplicación, pero manteniendo el pronunciamiento de costas de primera instancia, al no resultar de aplicación en el presente caso la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, ya que la estimación parcial de la demanda no tiene relación con el importe de las cantidades indebidamente pagadas por los recurridos y que les deben ser restituidas a raíz de la declaración de nulidad, sino con la pretensión de nulidad del contrato de modificación de condiciones financieras del préstamo hipotecario que fue desestimada en primera instancia, quedando firme el pronunciamiento al ser consentido por los demandantes que lo dejaron fuera de su recurso de apelación.

QUINTO. Costas y depósitos

1. Al desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer las costas de dicho recurso a los recurrentes (art. 398.1 y 394.1 LEC).
2. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).
3. Al estimarse en parte el recurso de apelación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).

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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada el 24 de abril de 2018 (recurso de apelación 538/2017).

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia referida en el ordinal anterior que modificamos en el siguiente sentido.

3.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Baza el 21 de junio de 2017 (juicio ordinario nº 266/2016) que revocamos únicamente para:

i) Estimar en parte la demanda interpuesta por [REDACTED] contra Caixabank, S.A. (antes Bankia, S.A. y antes Banco Mare Nostrum, S.A.).

ii) Declarar la nulidad de la cláusula que dice «Una vez revisado, el tipo de interés resultante en ningún caso podrá ser superior al 14% nominal anual, ni inferior al 3% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca», incluida en la cláusula financiera de intereses ordinarios de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada por las partes el 16 de junio de 2006.

iii) Y condenar a Caixabank, S.A. a devolver a los demandantes la totalidad de las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula.

4.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a los recurrentes, con pérdida del depósito constituido para interponerlo.

5.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

6.º- No imponer las costas del recurso de apelación a ninguno de los litigantes.

7.º- Disponer la devolución de los depósitos constituidos para interponer tanto el recurso de casación como el recurso de apelación.

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.