



Roj: **STS 3917/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3917**

Id Cendoj: **28079110012019100633**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2019**

Nº de Recurso: **2016/2017**

Nº de Resolución: **660/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

**Sentencia núm. 660/2019**

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2016/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2016/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

**Sentencia núm. 660/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

D. Juan Maria Diaz Fraile

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 21 de marzo de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 75/2015 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

Son parte recurrente D. Bartolomé y D.<sup>a</sup> Natividad, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Virginia Sánchez de León Herencia y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Pastora Filigrana García.

Es parte recurrida Banco Popular Español S.A. (ahora Banco Santander S.A.), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. José I. González-Palomino Jiménez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. César Joaquín Ruiz Contreras, en nombre y representación de D. Bartolomé y D.<sup>a</sup> Natividad, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Andalucía S.A., actualmente Banco Popular S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

" 1.- Se declare la nulidad de la condición general de la contratación, es decir de la cláusula suelo del contrato de novación de préstamo hipotecario elevado a escritura pública con nº de protocolo 825 del notario Doña Miriam I. Montañó Díaz de Bormujos, en fecha 25 de noviembre de 2008 Sevilla descrita en el hecho segundo de la demanda.

" La declaración de nulidad comporta:

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

" II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

" III.- Que la parte actora, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dicha cláusula.

" 2.- Se condene en costas a la entidad demandada".

2.- La demanda fue presentada el 8 de enero de 2015 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 75/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, en representación de Banco Popular Español S.A. (antes Banco de Andalucía 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, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla dictó sentencia 144/2016, de 2 de marzo, que desestimó la demanda con imposición de costas a la parte actora.

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Bartolomé y D.<sup>a</sup> Natividad. La representación de Banco Popular Español S.A. 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 4913/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 21 de marzo de 2017, cuyo fallo dispone:

"Que estimando en parte el recurso interpuesto por el Procurador Don César Joaquín Ruiz Contreras, en nombre y representación de Don Bartolomé y Doña Natividad, contra la sentencia dictada el día 2 de marzo de 2016 por la Ilma. Sra. Magistrada sustituta del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sólo sentido de no hacer especial imposición de las costas procesales de la primera instancia, manteniendo los demás pronunciamientos de dicha resolución en lo que no se opongan a lo anterior, sin hacer tampoco especial imposición de las costas procesales de esta alzada".

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

1.- El procurador D. César Joaquín Ruiz Contreras, en representación de D. Bartolomé y D.<sup>a</sup> Natividad, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento: Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en relación con el art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Supremo hace de ello en su Sentencia de 9 de mayo de 2013".

"Segundo.- Se denuncia la inobservancia de la sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015 de 12 de diciembre de 2015".

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 29 de mayo de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Popular Español S.A. (ahora Banco Santander S.A.) se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. Bartolomé y D.<sup>a</sup> Natividad interpusieron una demanda para que se declarara la nulidad de la "cláusula suelo" contenida en la escritura de novación de un préstamo hipotecario, en la que se rebajó el suelo desde el 3,5% fijado en el préstamo hipotecario que era objeto de novación hasta el 3%.

2.- Tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron sus pretensiones porque consideraron que la cláusula suelo establecida en la escritura de novación había sido objeto de negociación, si bien la Audiencia Provincial revocó el pronunciamiento condenatorio al pago de las costas de la sentencia del Juzgado Mercantil.

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

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

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente tenor:

"Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento: Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en relación con el art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Supremo hace de ello en su Sentencia de 9 de mayo de 2013".

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la Audiencia Provincial considera suficiente el hecho de que la cláusula suelo se recoja en una novación del préstamo para que se haya cumplido el requisito de la transparencia, sin que se valore si concurren los requisitos exigidos para que la cláusula pase el control de transparencia.

### TERCERO.- *Decisión del tribunal: el control de transparencia no es aplicable a las cláusulas negociadas*

1.- 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.

2.- 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.

3.- Tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial han declarado que la cláusula suelo del 3% inserta en la escritura de novación del préstamo hipotecario fue fruto de la negociación entre los prestatarios y el banco.

4.- No es cierto que la anterior afirmación haya sido deducida del simple hecho de que se trate de una novación. La Audiencia Provincial explica las razones de por qué, en este caso concreto, considera que se trató de una novación que se ciñó a aspectos muy puntuales, concretos y de fácil comprensión, que afectaron a la amortización y al tipo de interés, y que la rebaja del mínimo establecido en la llamada "cláusula suelo" desde el 3,5% al 3% fue una modificación beneficiosa para el prestatario. De ello deduce que la novación se produjo a petición del consumidor y con su pleno conocimiento pues fue fruto de la negociación entre las partes.

5.- Partiendo de lo anterior, 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. 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.

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

Este motivo se encabeza así:

"Se denuncia la inobservancia de la sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015 de 12 de diciembre de 2015".

#### **QUINTO.-** *Decisión del tribunal: desestimación del motivo por ser inadmisibile*

1.- Según hemos dicho, por ejemplo, en sentencias 108/2017, de 17 de febrero, 91/2018, de 19 de febrero y 330/2019, de 6 de junio, el recurso de casación, conforme al art 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. Como afirmamos en la sentencia 399/2017, de 27 de junio:

"Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara".

2.- De ahí que esta sala haya venido insistiendo en que es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. La referencia a la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sirve para justificar el interés casacional, pero no es propiamente el motivo del recurso, sino un presupuesto del mismo. El verdadero motivo debe estar en el "conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso" (entre otras, sentencias 220/2017, de 4 de abril, 338/2017, de 30 de mayo, y 380/2017, de 14 de junio).

3.- Aplicada tal doctrina al recurso examinado, el simple examen del enunciado del encabezamiento del motivo lleva a la conclusión de que ha de ser desestimado por inadmisibile, pues no se cita o identifica en su encabezamiento la norma legal que se considera infringida, lo que implica la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso ( sentencias de esta sala 72/2009, de 13 de febrero; 33/2011, de 31 de enero; 564/2013, de 1 de octubre; 25/2017, de 18 de enero; 108/2017, de 17 de febrero; y 146/2017, de 1 de marzo).

4.- En todo caso, la sentencia invocada en el motivo enjuicia una acción colectiva ejercitada respecto de una condición general de la contratación, mientras que la cláusula objeto del presente recurso es, según ha dejado sentado la Audiencia Provincial, una cláusula resultado de la negociación individual entre el banco y los prestatarios.

#### **QUINTO.-** *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 de D. Bartolomé y D.ª Natividad contra la sentencia de 21 de marzo de 2017, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 4913/2017.



2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como 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