



Roj: **STS 4265/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4265**

Id Cendoj: **28079110012017100618**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2017**

Nº de Recurso: **683/2015**

Nº de Resolución: **649/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 649/2017

Fecha de sentencia: 29/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 683/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CÁCERES SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 683/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 649/2017

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 29 de noviembre de 2017.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc S.A. (actualmente BBVA S.A.), representada por el procurador D. Armando García de la Calle, bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle; contra la sentencia núm. 13/2015, de 15 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, en el recurso de apelación núm. 495/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 751/2013, del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil n.º 1 de Cáceres. Sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Han sido partes recurridas D. Carlos Miguel , D. Anton , D.ª Rosalia , D.ª Aurora , D.ª Lourdes , D.ª Remedios , D. Faustino y D.ª Angelina , representados/as por el procurador D. Miguel Ángel Capetillo Vega y bajo la dirección letrada de D. Carlos Arjona Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Carlos Murillo Jiménez, en nombre y representación de D. Anton y D.ª Rosalia ; D.ª Aurora y D. Faustino ; D. Carlos Miguel y D.ª Lourdes ; D.ª Remedios y D.ª Angelina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D#Estalvis de Catalunya (Caixa Catalunya) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando la demanda:

»1.- Que se DECLARE la NULIDAD, por falta de transparencia, de las cláusulas incluidas en las escrituras firmadas por los demandantes y que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, con sus consecuencias y efectos restitutorios desde la fecha de su celebración según se determinará en ejecución de Sentencia en cuanto a las cantidades a devolver a los actores o, subsidiariamente, con efectos desde la fecha de Sentencia, si considerara la irretroactividad de la misma.

»2.- Que se CONDENE a la demandada a eliminar dichas cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios, suscritos con los demandantes; con sus consecuencias y efectos restitutorios desde la fecha de su celebración según se determinará en ejecución de Sentencia en cuanto a las cantidades a devolver a los actores o, subsidiariamente, con efectos desde la fecha de Sentencia, si se considerar la irretroactividad de la misma.

»3.- Y que se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 15 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cáceres, fue registrada con el núm. 751/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Antonio Crespo Candela, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte Sentencia desestimatoria de la demanda, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado- juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y de lo Mercantil n.º 1 de Cáceres dictó sentencia núm. 171/2014, de 24 de octubre , con la siguiente parte dispositiva:

«ESTIMO EN PARTE la demanda presentada a instancia de Carlos Miguel , Anton , Rosalia , Aurora , Lourdes , Remedios , Faustino y Angelina , representados por el procurador D. Carlos Murillo Jiménez contra Caixa Catalunya representada por el procurador D. Antonio Crespo Candela y, en consecuencia:

»DECLARO la nulidad de la cláusula contractual consistente en las limitaciones a la variación del tipo de interés ordinario pactado en el contrato, en concreto con un suelo del 3,90% y un techo del 18% para el caso de Angelina , y de un 3% de suelo y un 8% de techo para el resto de los casos.

»Asimismo CONDENO a la parte demandada a aplicar tales cláusulas en lo sucesivo y a devolver las cantidades cobradas por intereses ordinarios con sometimiento a las cláusulas impugnadas desde la fecha de interposición de la demanda hasta su efectiva inaplicación. Para calcular esta devolución se procederá a deducir las cantidades que deberían haberse cobrado por intereses ordinarios sin dichas cláusulas de las cantidades cobradas con dichas cláusulas.

»No procede efectuar expresa condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Catalunya Banc S.A.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Cáceres, que lo tramitó con el número de rollo 495/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 15 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CATALUNYA BANC S.A. contra la sentencia núm. 171-2014 de fecha 24 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cáceres , en autos núm. 751-2013, de los que este rollo dimana, y en su virtud, CONFIRMAMOS expresada resolución; con imposición de costas a la parte apelante».

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

1.- El procurador D. Antonio Crespo Candela, en representación de Catalunya Banc S.A., interpuso recurso casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- La Sentencia recurrida infringe el art. 1 y 4.2 LCGC, así como el art. 1.2 Directiva 93/2013 .

La Sentencia también infringe la jurisprudencia del TS establecida en SSTs de 9-05-2013 , y 8-09-2014 nº 464/2014 , y la doctrina sobre condiciones generales de la contratación.

«Segundo.- La Sentencia también infringe la jurisprudencia de TS establecida en SSTs de 9-05-2013 , y 8-09-2014 nº 464/2014 .

«Tercero.- La jurisprudencia menor de la Audiencia Provincial arriba indicada, es contradictoria con otra jurisprudencia menor, citando al efecto la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de fecha 25-02-2014, nº 38/2014, cuya doctrina resulta plenamente aplicable al caso, en línea con lo establecido en SSTs de 9-05-2013, y 8-09-2014 nº 464/2014 ».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc, S.L. contra la sentencia dictada, el día 15 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.^a), en el rollo de apelación nº 495/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 751/2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cáceres».

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

4.- Por providencia de 18 de octubre de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Resumen de antecedentes*

1.- D. Anton y D.^a Rosalia , D.^a Aurora y D. Faustino , D. Carlos Miguel y D.^a Lourdes y D.^a Remedios se subrogaron en un préstamo hipotecario concedido por Caixa Catalunya al promotor de las viviendas que adquirieron, entre cuyas condiciones generales se encontraba una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio con un mínimo del 3% y un máximo del 8%. A su vez, D.^a Angelina se subrogó en un préstamo de las mismas características, pero con un suelo del 3,90% y un techo del 18%.

2.- Las viviendas de construyeron al amparo del Plan de Viviendas de la Junta de Extremadura 2004/2007, a resultas del cual se suscribió un convenio entre la administración autonómica y Caixa Catalunya, en el que se establecieron las condiciones contractuales marco con la entidad bancaria, para la financiación de la construcción y la venta de las viviendas. Entre las estipulaciones del convenio marco se encontraba la posibilidad de incluir una cláusula suelo/techo.

3.- Los mencionados prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés y la restitución de las cantidades cobradas por su aplicación.



4.- Previa oposición de la parte demandada, el juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de las cláusulas litigiosas y ordenó la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la interposición de la demanda.

5.- Recurrida en apelación la sentencia por la entidad financiera, el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial por los siguientes y resumidos motivos: (i) Aunque la cláusula estuviera previamente incluida en un acuerdo marco con la administración, ello no implica que no sea una condición general de la contratación. (ii) Una vez que fue incorporada a un contrato privado con consumidores, queda sometida a su normativa propia. (iii) La subrogación del consumidor en un contrato previamente concertado por el promotor no libera a la entidad financiera de sus obligaciones de información y transparencia contractual. Como consecuencia de lo cual, confirmó la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Condiciones generales de la contratación. Predisposición.

Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación, Catalunya Banc S.A. (como sucesora de Caixa Catalunya, aunque actualmente es BBVA) alegó la infracción de los arts. 1 y 4.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), así como el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. También consideró infringidas las sentencias de esta sala de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014.

2.- En el desarrollo del motivo argumenta, resumidamente, que la promoción de viviendas en la que los demandantes adquirieron las suyas se realizó en ejecución de un plan especial de la Junta de Extremadura, en cuyo marco se firmó un convenio entre la administración y la entidad financiadora, donde se establecieron las condiciones de los futuros préstamos hipotecarios. En consecuencia, las condiciones fueron impuestas por la administración y tienen carácter imperativo. De donde se desprende que ni la cláusula litigiosa es una condición general de la contratación, ni la entidad prestamista fue predisponente.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 1 LCGC dice que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

A su vez, cuando el contratante sea consumidor, el art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU) utiliza la expresión «cláusulas no negociadas individualmente» en los contratos celebrados con consumidores. Y para conocer el significado de «cláusula no negociada individualmente», hemos de acudir a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 3.2 establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

Como puso de manifiesto la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis del art. 1 LCGC lleva a concluir que los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

- Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.
- Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Desde un punto de vista negativo, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante:

- La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y



b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. A tal efecto, la Exposición de Motivos LCGC indica que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que «[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores».

Parece claro que la utilización de condiciones generales tiene un sentido económico, por lo que en determinados sectores y de manera relevante en la contratación bancaria, fue determinante que se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en el que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, las acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, denomina «contratación seriada» y califica como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

2.- En lo relativo al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

3.- En lo que atañe al requisito de la predisposición, lo determinante es que las cláusulas hayan sido elaboradas o redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso, archivo informático, etc.), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues es suficiente con que las utilice, con independencia de su autoría.

Así, el sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como predisponente en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predispuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a éste le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un tercero.

4.- Conforme a tales requisitos y características, no puede prosperar la alegación de la recurrente de que la cláusula suelo, al provenir de un convenio celebrado con la administración, no tenga la cualidad legal de condición general de la contratación. Y ello porque, como hemos visto, la autoría material de la cláusula es indiferente, puesto que lo relevante es su utilización e incorporación a una serie de contratos.

Tampoco puede aceptarse que la imposición viniera determinada por la administración, porque el convenio suscrito entre la Agencia Extremeña de la Vivienda y Caixa Catalunya tenía por objeto establecer los términos de colaboración entre la Junta de Extremadura y las Entidades de Crédito en orden a la financiación de las promociones, adjudicaciones y adquisiciones de las viviendas de nueva construcción, que hayan sido calificadas provisionalmente, el amparo del Plan Especial de Viviendas de Extremadura, y era un pacto de mínimos, es decir, que las entidades financieras tenían que ofrecer a los clientes, como mínimo, las condiciones que figuraban en el convenio, pero nada impedía que ofrecieran condiciones más ventajosas.

Ni el Decreto 33/2006, de 21 de febrero, de modificación y adaptación del Plan de Vivienda y Suelo de Extremadura 2004-2007, ni el Convenio de 12 de diciembre de 2006 obligaban a Caixa Catalunya a incluir la cláusula suelo, ya que establecían unas condiciones marco que la entidad financiera, como predisponente, podía haber modificado para ofrecer mejores ventajas a los compradores.

5.- Fue, pues, la entidad financiera quien dispuso e impuso la cláusula litigiosa, en tanto que el elemento de la imposición supone, simplemente, que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato a iniciativa, exclusivamente, de una de las partes, en este caso, dicha entidad.



En todo caso, lo relevante no es la inclusión de la cláusula suelo, que como tantas veces hemos dicho no es ilícita por sí misma, sino que la misma debía ser transparente, lo que no estaba determinado por el Convenio marco, sino por la manera en que efectivamente se incluyera en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor y por el modo en que se informara a éste de sus consecuencias jurídicas y económicas.

6.- Como consecuencia de todo lo expuesto, el primer motivo de casación ha de ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Inadmisión por defectuosa formulación.

1.- En el segundo motivo de casación no se cita como infringida ninguna norma legal, sino que únicamente se invocan dos sentencias de esta sala, que se consideran contradichas por la sentencia recurrida.

2.- El art. 477.1 LEC exige de forma taxativa que el recurso de casación se funde en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Como dijimos en la sentencia 546/2016, de 16 de septiembre, aunque no cabe incurrir en un rigorismo formal que vulnere la tutela judicial efectiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos legales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 19 de diciembre de 1997 (asunto 155/1996 774/975, Brualla Gómez de la Torre contra España), declaró que los requisitos de admisibilidad de un recurso de casación pueden ser más rigurosos que los de un recurso de apelación, siendo compatible con el Convenio un mayor formalismo para el recurso de casación (parágrafos 37 y 38).

Asimismo, en las sentencias 25/2017, de 18 de enero; 108/2017 y 109/2017, ambas de 17 de febrero; y 146/2017, de 1 de marzo, hemos dicho que la indicación de la norma sustantiva que se considera infringida debe hacerse en el encabezamiento o formulación de cada motivo o deducirse claramente de su formulación, sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación, y su omisión es causa de inadmisión del motivo.

3.- La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del segundo motivo de casación. No obsta que en su día dicho motivo fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión pronunciada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero; 548/2012, de 20 de septiembre; 564/2013, de 1 de octubre; y 146/2017, de 1 de marzo).

El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

CUARTO.- Tercer motivo de casación. Improcedencia de fundar el recurso de casación en la infracción de normas administrativas y el interés casacional en la cita de una sentencia de otro orden jurisdiccional.

1.- En el tercer motivo de casación se alega la contradicción de la sentencia de la Audiencia Provincial con la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 38/2014, de 25 de febrero.

2.- El motivo incurre en la misma causa de inadmisibilidad que el anterior, puesto que no cita la norma infringida. Además, no cabe invocar para justificar el interés casacional una sentencia de otro orden jurisdiccional.

QUINTO.- Improcedencia de la aplicación de oficio de la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo cuando su limitación fue consentida por la parte.

En su oposición al recurso de casación, la parte recurrida solicita que el tribunal aplique la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y conceda la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde que se aplicó la cláusula suelo. Sin embargo, ello no es posible, porque la propia parte consintió la limitación temporal acordada en primera instancia, al no recurrir la sentencia en apelación. Por lo que no es posible la revisión de pronunciamientos firmes (auto del pleno de esta Sala de 4 de abril de 2017).

SEXTO.- Costas y depósitos.

1.- La desestimación del recurso de casación supone que deban imponerse a la parte recurrente las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, implica la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ.

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 Catalunya Banc S.A.** (actualmente, BBVA S.A.) contra la sentencia núm. 13/2015, de 15 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 495/2014 .

2.º - Imponer a BBVA S.A. las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ