



Roj: **STS 2917/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2917**

Id Cendoj: **28079110012022100555**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2022**

Nº de Recurso: **4647/2018**

Nº de Resolución: **559/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 559/2022**

Fecha de sentencia: 11/07/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4647/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE LÉRIDA SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4647/2018

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 559/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Banco de Sabadell S.A., representado por la procuradora D.ª Blanca María Grande Pesquero, bajo la dirección letrada de D. Luis Mª Miralbell Guerin, contra la sentencia núm. 326/2018, de 19 de julio, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lérida, en el recurso de apelación núm. 396/2017, dimanante de las



actuaciones de juicio ordinario núm. 83/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Tremp, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Comerç Giró S.A., representada por el procurador D. Félix del Valle Vigón y bajo la dirección letrada de D.ª Sonia Domingo Barrero.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Macarena Olle Corbella, en nombre y representación de Comerç Giro S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Sabadell S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que:

"1.- Se declare la nulidad y no incorporación de la cláusula suelo del 3% incorporada a la Escritura de **Préstamo Hipotecario**, siendo por ello de aplicación a mi mandante, motivo que trae causa de la presente demanda, y cuyo contenido literal es:

"No obstante, el tipo de interés nominal anual aplicable al **préstamo** en ningún caso podrá ser inferior al tres por ciento ni superior al diecinueve por ciento, tipos estos que tendrán la consideración de tipo de interés mínimo y máximo, respectivamente".

"2.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades abonadas en exceso por mi mandante a la entidad bancaria, en concepto de intereses así como de las cantidades no amortizadas a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en base a lo argumentado *ut supra*, así como a los intereses legales correspondientes.

"3.- Alternativamente y para el supuesto de que no considerar nula la cláusula suelo que modere la aplicación de la cláusula suelo, dejándola en un 1% hasta que el PIB anual de la economía española no iguale o supere el 3% durante dos años consecutivos condenando a la entidad a la devolución de las cantidades que superen dicho baremo y ajuste de las amortizaciones no practicadas.

"4.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 7 de marzo de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Tremp, se registró con el núm. 83/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Carles Badia Verdeny, en representación de Banco de Sabadell S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza, en sustitución, del Juzgado de Primera Instancia de Tremp dictó sentencia n.º 39/2017, de 20 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales Dña. Mónica Piñol Tomás en nombre y representación de COMERÇ GIRÓ, S.A. contra BANCO SABADELL, S.A., y, en consecuencia:

"1) DECLARO la nulidad y no incorporación de la cláusula suelo del 3 % incorporada a la Escritura de **Préstamo Hipotecario** de fecha 23 de octubre de 2007, cuyo contenido literal es "no obstante, el tipo de interés nominal anual aplicable al **préstamo** en ningún caso podrá ser inferior al tres por ciento ni superior al diecinueve por ciento, tipos estos que tendrán la consideración de tipo de interés mínimo y máximo, respectivamente".

"2) CONDENO a la entidad a la devolución de las cantidades abonadas en exceso por el actor a la entidad bancaria, en concepto de intereses así como de las cantidades no amortizadas a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, así como a los intereses legales correspondientes. Los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo se retrotraerán al momento en que se firmó el contrato de **préstamo hipotecario**, el 23 de octubre de 2007.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Sabadell S.A., al que formuló oposición la parte contraria.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Lérida, que lo tramitó con el número de rollo 396/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Sabadell, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Tremp en los autos de Procedimiento Ordinario 83/2016 y CONFIRMAMOS la citada resolución, imponiendo las costas de esta alzada a la parte apelante."

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Carles Badia Verdeny, en representación de Banco de Sabadell S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.2º y 4º LEC , infracción de los arts. 399.1, 400 y 412 LEC, en relación con los artículos 216 y 218.1 LEC y con el art. 24 CE, por incongruencia *extra petita*.

"Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, infracción del art. 24.1 de la Constitución Española en relación con el art. 319 de la LEC , por error patente en la valoración de la prueba."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- [...]Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta la infracción de los artículos 5.5 y 7.b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y que delimita el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación en contratos con no consumidores y los parámetros para declarar la nulidad de la misma por tal motivo, contraviniéndola."

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 7 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Sabadell S.A. contra la sentencia de 19 de julio de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.<sup>a</sup>) en el rollo de apelación n.º 396/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 83/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Tremp".

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

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 6 de julio de 2022, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 23 de octubre de 2007, la compañía mercantil Comerç Giró S.A. (en adelante, Giró) suscribió, como prestataria, un contrato de **préstamo** con garantía hipotecaria con el Banco de Sabadell S.A.

En la escritura se pactó un interés variable, si bien con un suelo del 3%.

La finalidad del **préstamo** era la financiación de la actividad empresarial de la sociedad prestataria.

2.- Giró formuló una demanda contra el Banco de Sabadell, en la que solicitó que se declarase la no incorporación y nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación. Alternativamente, que moderase la aplicación de la cláusula suelo, dejándola en un 1%, hasta que el PIB no alcance el 3% durante más de dos años.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda, al considerar que la cláusula no superaba el control de incorporación, porque el banco no informó a la prestataria de su inclusión y consecuencias.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad bancaria, el recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial. En lo que ahora importa, consideró que la cláusula litigiosa era nula porque aunque estaba destacada en negrita, estaba incluida dentro de un extenso apartado referido a los intereses que hacía que pudiera pasar desapercibida; y concluyó que la cláusula no superaba el control de incorporación.



5.- La entidad prestamista ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Congruencia*

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal denuncia la infracción del art. 469.2º y 4º LEC, en relación con los arts. 400, 412, 216 y 218.2 LEC y 24 CE.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita*, puesto que concluye que la cláusula no supera el control de incorporación, cuando en la demanda se había solicitado su nulidad por falta de transparencia.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo no puede prosperar. La congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, en atención a la petición y a la causa de pedir. En la demanda se solicitó la no incorporación de la cláusula y eso es lo que decidieron las sentencias de instancia.

Basta con leer el suplico de la demanda para constatar que su pretensión principal era la declaración de nulidad y la no incorporación de la cláusula suelo. Por lo que la sentencia que se pronuncia en tal sentido no puede ser incongruente, en los términos del art. 218.1 LEC. Máxime si en la fundamentación jurídica sobre el fondo del asunto los preceptos legales que se citan son los arts. 1.1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Es cierto que tanto la demanda como las sentencias de ambas instancias mezclan las consideraciones sobre el control de incorporación con otras sobre el control de transparencia y su posible aplicación a los contratos celebrados entre profesionales, pero ello no obsta a que la petición de la demanda y la respuesta obtenida en segunda instancia se refiera al control de inclusión. Así lo dice expresamente la sentencia recurrida al declarar, a modo de conclusión de todos sus razonamientos previos, que "no puede considerarse superado el control de incorporación, por lo que el recurso de apelación debe desestimarse en este extremo, confirmando la resolución recurrida".

2.- Como consecuencia de lo expuesto, el primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

**TERCERO.-** *Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.*

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado conforme al art. 469.1.4º LEC, denuncia la valoración arbitraria e ilógica de la prueba documental consistente en la escritura pública de **préstamo hipotecario**.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la valoración sobre si la cláusula suelo podía ser advertida o no en la escritura pública es irracional e ilógica.

*Decisión de la Sala:*

1.- El recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, y 229/2019, de 11 de abril (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- En este caso, no se trata de un error fáctico, sino, en su caso, de un error en la valoración jurídica, que es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal y debe ser combatido mediante el recurso de casación.

3.- En su virtud, el segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

### **Recurso de casación**

**CUARTO.- Único motivo de casación. Control de incorporación***Planteamiento:*

- 1.- El único motivo de casación denuncia la infracción del art. 7 b) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC).
- 2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta los requisitos para considerar incorporada una cláusula suelo.

*Decisión de la Sala:*

- 1.- Excluida legalmente la condición de consumidora de la prestataria, por ser una sociedad mercantil con ánimo de lucro, resulta patente la improcedencia de los controles de transparencia y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras).
- 2.- Respecto del control de inclusión o incorporación, que es el postulado en la demanda, como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, este control es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes ( arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda ( sentencias 395/2021, de 9 de junio, y 405/2021, de 15 de junio). Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos por la sala).

- 3.- En este caso, la cláusula está contenida en la escritura pública, fue leída por el notario y no tiene dificultad alguna de comprensión. Al contrario, explica de forma meridiana que, como consecuencia de su inclusión, el interés pactado no podrá bajar del suelo ni superar el techo. Otra cosa es que el administrador social de la compañía mercantil prestataria pudiera ser más o menos consciente de su carga jurídica y económica, pero eso es control de transparencia, no de inclusión, y no cabe en un contrato entre profesionales.

En consecuencia, desde el punto de vista de la cognoscibilidad a que hacíamos antes referencia, no podemos compartir la conclusión de la sentencia recurrida sobre la no superación del control de incorporación, en los términos de los arts. 5 y 7 LCGC, puesto que la demandante tuvo posibilidad real y efectiva, con un mínimo de diligencia, de conocer la existencia de la cláusula suelo.

- 4.- Razones por las cuales el recurso de casación debe ser estimado y con los mismos argumentos, debe estimarse el recurso de apelación de la demandada y desestimarse la demanda en lo referente a la pretensión principal.

Asimismo, también debe desestimarse la demanda en lo que se refiere a la pretensión alternativa de moderación de la cláusula y su reducción al 1%. No concurren los requisitos para aplicar la regla *rebus sic stantibus*, en que se funda dicha petición, puesto que la jurisprudencia de esta sala ha insistido constantemente en que la alteración de las circunstancias que puede provocar la de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato; y por supuesto, que tales circunstancias sobrevinidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (por todas, sentencias 567/1997, de 23 de junio, y 5/2019, de 9 de enero, y las que en ellas se citan). Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevinida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo. Y precisamente la cláusula suelo/techo anticipa el riesgo de una evolución abrupta de los tipos de interés al alza o a la baja y constituye un remedio contractual para tal cambio de circunstancias.

**QUINTO.- Costas y depósitos**

- 1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que deban imponerse a la recurrente las costas causadas por él, conforme establece el art. 398.1 LEC.



- 2.- La estimación del recurso de casación implica que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por él, a tenor del art. 398.2 LEC.
- 3.- Como quiera que la estimación del recurso de casación supone la estimación del recurso de apelación de la parte demandada, tampoco procede hacer imposición de sus costas, conforme al art. 398.2 LEC.
- 4.- Habida cuenta la desestimación de la demanda, deben imponerse a la parte demandante las costas de primera instancia, según ordena el art. 394.1 LEC.
- 5.- Igualmente, procede la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia núm. 326/2018, de 19 de julio, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lleida, en el recurso de apelación núm. 396/2017.
- 2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte recurrente contra la indicada sentencia, que casamos y anulamos.
- 3.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia núm. 39/2017, de 20 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tremp, en el juicio ordinario núm. 83/2016, que revocamos.
- 4.º- Desestimar la demanda interpuesta por Comerç Giró S.A. contra Banco de Sabadell S.A., al que absolvemos de las pretensiones contra él formuladas.
- 5.º- Imponer a Comerç Giró S.A. las costas de la primera instancia.
- 6.º- Imponer a Banco de Sabadell S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.
- 7.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación.
- 8.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de apelación y casación.

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.