

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4143/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

Sentencia núm. 449/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 31 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 120/2018, de 3 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 781/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Ciudad Real, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente [REDACTED]

[REDACTED] representado por el procurador D. Manuel Cortes Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Antonio Muñoz Muñoz.

Es parte recurrida Unicaja Banco, S.A., representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes y bajo la dirección letrada de D.^a María Dolores Jiménez Guerrero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Manuel Cortes Muñoz, en nombre y representación de [REDACTED], interpuso demanda de juicio ordinario contra Unicaja Banco, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1º. Se declare la nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés denominada “cláusula suelo” reflejada en el hecho cuarto.

»2º.- Se condene a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas conforme a la cláusula anterior desde el 09/05/2013 conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS 214/13.

»2.1- Alternativa y condicionalmente a lo anteriormente solicitado, se declare el derecho a la devolución del resto de cantidades percibidas a causa de la cláusula referida durante la totalidad del contrato de préstamo en el caso de modificación de la doctrina antedicha.

»3º.- Se condene al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 17 de noviembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Ciudad Real, fue registrada con el n.º 781/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Concepción Lozano Adame, en representación de Unicaja Banco, S.A.U., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Ciudad Real dictó sentencia n.º 149/2017, de 4 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Cortés Muñoz en nombre de [REDACTED] contra UNICAJA BANCO SA, se declara la nulidad por abusiva de la cláusula suelo inserta por

remisión en la escritura de compraventa y subrogación de préstamo hipotecario de 14 de septiembre de 2006; en consecuencia, condeno a la demandada UNICAJA Banco SA a restituir a la parte actora las cantidades percibidas indebidamente desde la fecha de la constitución del préstamo o desde la que se dejó de aplicar el tipo fijo, y ello sobre la base de la diferencia que se ha cobrado en exceso conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor incrementado en 0,80%, más sus intereses legales devengados desde cada cobro; con imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unicaja Banco, S.A.U. La representación de [REDACTED] se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que lo tramitó con el número de rollo 543/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 120/2018, de 3 de mayo, cuyo fallo dispone:

«Se estima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dª Concepción Lozano Adame en nombre y representación de “Unicaja Banco SA” contra la sentencia dictada el 24/11/2017 por el Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Ciudad Real en los Autos Civiles de Juicio Ordinario N°781/16, la cual ha de ser revocada y en su lugar se absuelve a la demandada de los pedimentos formulados en su contra; sin costas de la primera ni de la segunda instancia».

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

1.- El procurador D. Manuel Cortes Muñoz, en representación de [REDACTED], interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«PRIMERO. - Por el cauce del número 2 apartado 1º del artículo 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia omisiva de la resolución recurrida, por cuanto la sentencia recurrida deja imprejuzgada la pretensión planteada por el actor y resuelve el recurso apartándose de las peticiones de las partes, en el presente caso la actora solicita en su suplico la anulación/eliminación de la aplicación por remisión de la cláusula suelo al

contrato de préstamo, reflejando que la cláusula suelo aplicada al préstamo no se refleja en la escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario, aun cuando se viene aplicando por remisión de forma regular al préstamo subrogado desde su inicio; por su parte la entidad financiera demandada solicita la desestimación en base a que la cláusula suelo recogida en el préstamo promotor no se incorpora de forma material al contrato de compraventa con subrogación, aun cuando reconoce que se viene aplicando la cláusula suelo en el préstamo objeto de enjuiciamiento; resolviéndose el asunto por la sentencia recurrida sin concretar, ni dar respuesta alguna a la pretensión planteada por el actor, por cuanto la resolución recurrida resuelve el procedimiento declarando que no le consta la cláusula enjuiciada en el contrato de compraventa con subrogación hipotecaria –extremo pacífico y exento de prueba-, reconociendo expresamente la aplicación de la misma al contrato de préstamo, y a pesar del reconocimiento expreso de dichas premisas por parte de la sentencia recurrida, no resuelve el objeto del procedimiento, no resuelve la petición de la eliminación/anulación de la aplicación de la cláusula suelo al préstamo objeto de enjuiciamiento.

» SEGUNDO. - Por el cauce del número 2 apartado 1º del artículo 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 217.7 en relación con el 217.3 y 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del principio de disponibilidad y facilidad probatoria de las partes respecto a la carga de la prueba que corresponde al demandado conforme a las reglas 1ª y 3ª, en relación con el principio de buena fe procesal contenido en el art.247 Lec, en la que ha incurrido la resolución recurrida, en base a que la sentencia recurrida atribuye –de forma literal- la carga de la prueba al actor/consumidor de un extremo que no ha planteado -como es la incorporación de la cláusula suelo aplicada al préstamo del consumidor por remisión del contrato de préstamo promotor-, extremo que ha introducido en el proceso la entidad financiera demandada y en su virtud debe correr con la carga de la prueba conforme al 217 Lec en relación con el 247 Lec que debe presidir cualesquiera actuaciones procesales de las partes; la sentencia recurrida ha reconocido expresamente las peticiones de la demanda como un hecho pacífico, no controvertido y exento de prueba, ignorando y vulnerando la regla contenida en el art. 217.7 en relación con el art. 217.3 que atribuye la carga de la prueba a la entidad financiera demandada de los extremos alegados y no acreditados, prueba que no ha aportado al proceso, y que en virtud del principio de facilidad y disponibilidad probatoria -la entidad financiera demandada es parte en el contrato de préstamo promotor-, teniendo la disponibilidad de la referida prueba documental y la facilidad de aportarla al procedimiento, no aporta debidamente al proceso, debiendo desestimar las pretensiones de la misma por insuficiencia probatoria al amparo del art. 217.1 Lec y con apoyo del 247 Lec que le atribuye la carga de ayudar a la labor de los tribunales en sus actuaciones procesales.

»TERCERO.- Por el cauce del número 4 apartado 1º del artículo 469 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 Constitución) con infracción del artículo 326 –Prueba plena de los documentos privados no impugnados- en relación con el art. 281.3 –

hechos pacíficos exentos de prueba- de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en base al error patente en la valoración de la prueba documental en el que ha incurrido la sentencia recurrida, que se refleja en la valoración judicial que realiza la sentencia, por cuanto en base a un hecho probado/no discutido como es la aplicación por remisión de la cláusula suelo al contrato de préstamo subrogado y la prueba documental no impugnada en el proceso extrae unas consecuencias arbitrarias, ilógicas e irrazonables que no están amparadas por la norma, de manera que resuelve respecto de la cláusula suelo enjuiciada “No nos consta la cláusula suelo cuya nulidad se pretende”, resultando una resolución arbitraria, ilógica e irrazonable, al no apreciar la aplicación por remisión al préstamo promotor y consiguiente “constancia” de la referida cláusula vulnerando los artículos 281.3 y 326 LEC en contra del mandato imperativo establecido en el art. 65 TRLGDCU que establece la obligación de integrar los contratos con los consumidores a favor de estos y los arts. 60.4 y 63 TRLGDCU que establecen la obligación de la entidad financiera demandada de documentar la operación y entregar por escrito las condiciones esenciales de la misma».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) en relación con los artículos 63 y 65 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Gral. de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), en los que se articula el contenido y alcance del control de incorporación de las condiciones generales de la contratación en relación con la obligación legal de documentar las cláusulas utilizadas en la contratación y su integración en favor de los consumidores, así como la jurisprudencia que los interpreta -la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo número núm. 241/2013, de 9 de mayo, y una amplia serie de resoluciones de esta Excm. Sala - entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, números 314/18, de 28 de mayo; 30/17, de 18 de enero; 222/15, de 29 de abril, entre otras-, en las que se establecen los requisitos esenciales del control de incorporación de las condiciones generales de la contratación para su válida incorporación al contrato, máxime en casos como el presente en el que la cláusula suelo se aplica al contrato de préstamo enjuiciado por remisión al condicionado general del préstamo promotor, de manera que por parte de la entidad financiera demandada no se lleva a cabo la obligada inclusión de la cláusula enjuiciada al contrato celebrado con el consumidor, no se refleja de forma material la cláusula suelo en el contrato de compraventa con subrogación de préstamo suscrito por el consumidor, siendo aplicada la cláusula suelo al contrato por remisión de su condicionado a otro documento distinto como es el condicionado del préstamo promotor, de modo que el incumplimiento de los requisitos de incorporación genera la nulidad por no quedar incorporada al contrato de la cláusula suelo, extremo vulnerado por omisión por la sentencia recurrida.

» SEGUNDO.- Subsidiariamente al anterior y al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los art. 63 y 65 del Texto Refundido de la Ley de

Defensa de Consumidores y Usuarios aprobada por Real Decreto 1/2007 de 16 de noviembre, en relación con el artículo 1282 del Código Civil y 7.1 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia que los interpreta - las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo números nº 201/2015, de 9 de abril; nº 936/2006, de 6 de octubre, entre otras- en las que se configura la doctrina de los actos propios como la vinculación del autor de una declaración de voluntad de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar posteriormente un comportamiento contradictorio en relación con la integración contractual más favorable a los consumidores y la obligación legal de documentar las operaciones contractuales por parte de la demandada, de forma que la entidad financiera demandada no puede negar la existencia de la cláusula suelo en el contrato de subrogación hipotecaria cuando viene aplicando la misma al referido contrato de subrogación hipotecaria –cuya incorporación es por remisión al préstamo promotor-, lo que debe integrarse en el contrato de la forma más favorable al consumidor».

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 septiembre de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Unicaja Banco, S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de mayo de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 29 de junio de 2004, la promotora inmobiliaria ALB-7, S.A., como prestataria, y Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (después Unicaja Banco, S.A.), como prestamista, suscribieron una escritura de préstamo inmobiliaria a promotor.

El 14 de septiembre de 2006, ALB 7, S.A. vendió en escritura pública a

[REDACTED] ina

de las viviendas que formaban parte de la promoción inmobiliaria financiada con el citado préstamo hipotecario, por el precio de 165.000 euros. Los compradores retuvieron de ese precio el importe del saldo pendiente del principal del préstamo que gravaba la finca (108.000 €), préstamo en el que se subrogaban. Los representantes de la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (en aquel momento con el nombre comercial de Caja Duero), comparecieron en el acto de otorgamiento de la citada escritura a los efectos de aceptar el cambio de deudor y pactar una novación del préstamo, en el sentido de que el interés ordinario durante los seis siguientes meses se devengaría al tipo fijo del 4,10%.

2.- Los [REDACTED] interpusieron una demanda contra Unicaja Banco, S.A. en la que solicitaban que se declarase «la nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés denominada “cláusula suelo” reflejada en el hecho cuarto», y la condena a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas conforme a la citada cláusula.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda al considerar que la cláusula suelo no superaba los controles de incorporación y de transparencia.

4.- Recurrída en apelación la citada sentencia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó íntegramente la demanda, con base en la siguiente argumentación:

«El problema al que nos enfrentamos es que, ciertamente, tal y como sostiene la recurrente, en la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario no consta cláusula suelo alguna. Sí se dice en dicha escritura que el piso que compran los demandantes está gravado con una hipoteca previa constituida el 29/06/2004, ampliada el 04/11/2004, siendo deudor hipotecario ALB-7, entidad promotora y quien vende a los demandantes, hipoteca en la que se subrogan resultando de la escritura presentada con la demanda, exclusivamente, que el interés remuneratorio fijo correspondiente a los seis primeros meses será del 4,10%, apareciendo dicho interés como particularidad y novedad propia de la subrogación efectuada, y que superados dichos seis meses los intereses a abonar resultarán de adicionar el 0,80% al índice de referencia de préstamos hipotecarios (Euribor anual).

»Nada se dice de la existencia de un límite que marque los intereses que como mínimo percibirá “Unicaja”.

»Es verdad que con la demanda se presenta un recibo del pago de la hipoteca correspondiente al mes de septiembre del año 2016 en el que se indica que se les aplica un mínimo del 3%, como también lo es que la propia recurrente admite que le han estado cobrando a los demandantes unos intereses remuneratorios del 3% (no sabemos desde

cuándo), pero ello no puede servirnos sin más para sostener que el contrato tiene una cláusula suelo y, menos aún, para declarar la nulidad de dicha cláusula pues de existir lo primero que no sabemos es cómo se ha incorporado al contrato y por tanto si pasaría el primer control que es el de incorporación como ya hemos dicho.

»Sólo tras concluir que la cláusula se ha incorporado correctamente al contrato podremos plantearnos si, además, supera el control de transparencia, resultando a los efectos que nos ocupan cuando menos llamativo que el demandante [REDACTED] que se ha comprado un piso asegure que él no sabía nada, ni siquiera que el inmueble contaba con una hipoteca previa de nada más y nada menos que de 143.000 euros, constituida por la promotora y en la que ellos se subrogaron, lo que a esta Sala le resulta difícil de asumir por mucho que declare que la que se ocupaba de todo era [REDACTED] que sí declaró que no les explicaron nada, que no sabe qué es una hipoteca subrogada, que les dijeron que tenían una hipoteca a interés variables (diferencial más 0,80), que fueron a firmar y tampoco les explicaron nada y que tampoco recuerda haber modificado el interés fijo correspondiente a los seis primeros meses.

»En estos términos debemos dar la razón a la recurrente pues no nos consta la cláusula suelo cuya nulidad se pretende y para el caso de asumir la postura del Juez a quo que concluye que sí existe dicha cláusula porque “Unicaja” reconoce que ha venido cobrando unos intereses remuneratorios del 3%, no sabríamos cómo se ha incorporado dicha cláusula al contrato, si está o no resaltada en negrita, cómo está redactada, qué cláusula concreta del contrato es...y, como ya hemos dicho, tampoco sabemos desde cuándo están pagando los intereses del 3% porque con la demanda sólo se ha presentado el recibo correspondiente a una mensualidad, septiembre, del año 2016 lo que imposibilitaría, declarada la nulidad, determinar qué cantidad concreta habría de devolver “Unicaja” como consecuencia del cobro de intereses por encima de lo que habría correspondido de no haber existido la cláusula combatida.

»Dicen los demandantes que “Unicaja” no ha presentado la hipoteca inicial en la que supuestamente se recoge la cláusula a la que nos venimos refiriendo (en la original o en su posterior ampliación, no lo sabemos) pero lo cierto es que corresponde a los demandantes, también a los demandantes consumidores, aportar los documentos acreditativos de sus pretensiones y por tanto, por lo que a este caso se refiere, de la existencia de la cláusula suelo en cuestión, particular que desde luego estaba a su alcance pues lo que no acreditan es que en la notaria se les haya denegado la entrega de una copia de dichas escrituras que, en definitiva, son las que documentan su hipoteca que lo es desde el momento en que se subrogaron en ella al comprar su vivienda».

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres motivos, y otro de casación, basado en dos motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Admisibilidad del recurso y formulación del primer motivo.*

1.- El motivo de inadmisibilidad del recurso extraordinario de infracción procesal alegado por la recurrida en su escrito de oposición al recurso, basado en la regla 5.ª del apartado 1 de la disposición final 16.ª LEC, no puede ser estimado pues el recurso de casación, a su vez, tampoco incurre en motivos de inadmisión en cuanto a sus requisitos formales, ni en cuanto a los sustantivos. En concreto, identifica de forma clara los preceptos legales y la jurisprudencia cuya infracción denuncia, por aplicación o inaplicación, no se aparta de la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, y su base fáctica no se pretende alterar excepto en aquello que pueda quedar afectada por la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- El primer motivo de este último recurso se formula por el cauce del núm. 2 apartado 1º del art. 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 218.1 LEC por incongruencia omisiva de la resolución recurrida, «por cuanto la sentencia recurrida deja imprejuizada la pretensión planteada por el actor y resuelve el recurso apartándose de las peticiones de las partes».

Los recurrentes alegan que habían solicitado en el suplico de la demanda «la anulación/eliminación de la aplicación por remisión de la cláusula suelo al contrato de préstamo»; y que la sentencia recurrida declara que «no le consta la cláusula enjuiciada en el contrato de compraventa con subrogación hipotecaria –extremo pacífico y exento de prueba-, reconociendo expresamente la aplicación de la misma al contrato de préstamo, y a pesar del reconocimiento expreso de dichas premisas por parte de la sentencia recurrida, no resuelve el objeto del procedimiento, no resuelve la petición de la eliminación/anulación de la aplicación de la cláusula suelo al préstamo objeto de enjuiciamiento».

TERCERO.- *Decisión de la sala. La sentencia recurrida no incurre en incongruencia omisiva. Desestimación.*

1.- El motivo debe ser desestimado. Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia

exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

2.- En el caso, lo pedido en la demanda fue la declaración de nulidad de la cláusula suelo, cláusula cuya existencia la Audiencia considera que no ha resultado probada, razón por la cual desestima la demanda. En consecuencia, no cabe apreciar omisión de pronunciamiento sobre la acción ejercitada.

3.- Por otra parte, no cabe estimar la incongruencia denunciada porque la sentencia impugnada es absolutoria y, como recordamos en la sentencia 435/2018, de 11 de julio, con cita de otras muchas, las sentencias absolutorias, como regla general, no pueden incurrir en este defecto procesal. En la sentencia 722/2015, de 21 de diciembre, compendiamos la jurisprudencia al respecto:

«(...) es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" (sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última sentencia 365/2013, de 6 de junio, "la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea

apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado"».

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El motivo se articula por el cauce del núm. 2 apartado 1º del art. 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración del art. 217.7 en relación con el 217.3 y 217.1 LEC, y de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria de las partes respecto a la carga de la prueba que corresponde al demandado conforme a las reglas 1ª y 3ª, en relación con el principio de buena fe procesal contenido en el art.247 LEC.

2.- Argumentan los recurrentes que la sentencia recurrida habría incurrido en esas infracciones porque atribuye la carga de la prueba al actor/consumidor de un extremo que no ha planteado, como es la incorporación de la cláusula suelo aplicada al préstamo del consumidor por remisión del contrato de préstamo promotor, extremo que fue introducido en el proceso por la entidad financiera demandada, por lo que debe correr con la carga de la prueba conforme al 217 LEC en relación con el 247 LEC. Añaden que la sentencia recurrida «ha reconocido expresamente las peticiones de la demanda como un hecho pacífico, no controvertido y exento de prueba», pero que ha vulnerado la regla del art. 217.7, en relación con el art. 217.3, que atribuye la carga de la prueba a la entidad financiera demandada de los extremos alegados y no acreditados, «prueba que no ha aportado al proceso, y que en virtud del principio de facilidad y disponibilidad probatoria -la entidad financiera demandada es parte en el contrato de préstamo promotor-, teniendo la disponibilidad de la referida prueba documental y la facilidad de aportarla al procedimiento, no aporta debidamente al proceso».

QUINTO.- *Decisión de la sala. Infracción de las normas sobre la carga de la prueba. El principio de facilidad probatoria. Estimación.*

1.- Como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de

los hechos relevantes. Y como recordamos en la sentencia 448/2020, de 20 de julio:

«Es doctrina reiterada que solo se infringe el art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en dicho precepto legal y desarrolladas por la jurisprudencia. Forman parte de esas reglas los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, consagrados en el apartado 7 del art. 217 LEC, que permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación. Cuando, valoradas las pruebas practicadas, se considera que han resultado suficientemente acreditados los hechos relevantes para decidir el litigio, no entran en juego las reglas de la carga de la prueba (entre otras muchas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, 160/2018, de 21 de marzo, 274/2019, de 21 de mayo, y 633/2019, de 25 de noviembre)».

2.- De esta doctrina se infiere que los citados principios no comportan la obligación de la demandada de acreditar un hecho negativo, cuando carezca de la disponibilidad y facilidad requerida. Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad para su aportación o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente (sentencia 702/2021, 18 de octubre). Ciertamente, como declaramos en la sentencia 316/2016, de 13 de mayo, «la mera imposibilidad probatoria de un hecho no puede traducirse, sin más, en un desplazamiento de la carga de la prueba, pues ello requiere que sea factible para la parte a la que tal desplazamiento habría de perjudicar: así lo han declarado, entre otras, las sentencias de esta Sala 949/2004, de 8 de octubre (Rec. 2651/1998), 133/2010, de 9 de marzo (Rec.1988/2005), 859/2010, de 31 de diciembre (Rec. 1886/2006) y 400/2012, de 12 de junio (Rec. 703/2009)».

Sin embargo, en el caso de la litis sí cabe apreciar esa facilidad probatoria por parte de la demandada, y el correlativo desplazamiento de la carga de la prueba, y no una dificultad o imposibilidad de prueba porque lo que se pretende acreditar sea un hecho negativo (la falta de existencia de una cláusula suelo en el contrato del préstamo hipotecario al promotor en que se subrogaron los demandantes), pues la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria

fue parte contratante en aquel préstamo, por lo que hubiera bastado la aportación de una copia de dicha escritura para dejar acreditado, si esa era la realidad contractual, que en ese préstamo no se pactó ninguna cláusula de limitación a la baja en la variabilidad de los intereses ordinarios.

Frente a esa ausencia de aportación de la escritura del préstamo hipotecario original, la demandante ha admitido que venía liquidando las cuotas mensuales de amortización periódicas e intereses mediante la aplicación de un tipo mínimo de intereses ordinarios del 3%, dato que concuerda con el recibo de una de esas cuotas aportadas junto con la demanda por los actores.

3.- La consecuencia es que debemos estimar este segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal y, sin necesidad de analizar el tercer motivo, dejar sin efecto la sentencia de la Audiencia y dictar una nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento en el recurso de casación, conforme a la disposición final decimosexta, apartado 1, regla 7.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- *Asunción de la instancia. Nueva sentencia. El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación.*

1.- En la demanda rectora de este procedimiento se ejercitaba una acción de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario en que se subrogaron los demandantes por falta de transparencia y abusividad. La sentencia de primera instancia realizó el enjuiciamiento propio de los controles de incorporación y de transparencia, y concluyó que ninguno de ellos lo superaba la cláusula litigiosa. La sentencia de la Audiencia revocó esa decisión al estimar que no había sido acreditada la existencia de dicha cláusula, aunque sí admitía que en la práctica la entidad demandada venía aplicando un tope mínimo de variabilidad de los intereses ordinarios en el cálculo de las cuotas periódicas. El primer motivo de casación se funda en la infracción de los arts. 5 y 7 LCGC, en relación con el control de incorporación, primero de los elementos que procede examinar.

2.- El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente no

tenga la condición de consumidor (por todas, sentencia 12/2020, de 15 de enero), control que, en consecuencia, es procedente también en este caso en el que la cláusula controvertida tiene el carácter de condición general de contratación.

3.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión 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 generalmente no ofrece duda. 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 recientemente por la sala).

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, la cláusula supera el control de incorporación cuando los adherentes «tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC».

4.- En el presente caso, la Audiencia no funda su decisión en un juicio positivo sobre el control de incorporación de la cláusula litigiosa. Tampoco en un juicio negativo sobre dicho control, sino en la afirmación de la falta de constancia de dicha cláusula, pues no consta en la escritura de compraventa y subrogación hipotecaria, y no se acreditó que lo estuviera en la escritura original del préstamo hipotecario al promotor al no haber sido aportada al procedimiento,

aportación cuya carga el tribunal de apelación atribuye incorrectamente, como se ha visto, a los demandantes. Una vez hemos concluido que, conforme al art. 217.7 LEC, las consecuencias de la falta de acreditación de ese extremo (la inclusión de la cláusula suelo en la escritura original del préstamo hipotecario) deben imputarse a la demandada, conforme a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, y probada la aplicación en la liquidación de las cuotas periódicas de un límite mínimo de intereses ordinarios del 3%, debemos partir, a los efectos de este recurso, de la existencia de una cláusula suelo con dicho límite.

A continuación, partiendo de ese dato, debemos confirmar el resultado negativo del control de incorporación que realizó el juzgado de primera instancia, control que no se supera pues: (i) no aparece alusión ninguna a la cláusula suelo en la escritura de compraventa y subrogación de 14 de septiembre de 2006; (ii) ni se incorpora a ésta como anexo; (iii) ni consta que le fuera entregada a los prestatarios copia de la escritura del préstamo hipotecario original en que se subrogaron; (iv) tampoco quedó acreditado que se les hubiera informado de la existencia y contenido de la cláusula suelo de forma alguna.

5.- En definitiva, no consta en este caso ni la inclusión, aún por mera referencia a la escritura del préstamo inicial objeto de la subrogación y novación, de la cláusula suelo, ni su incorporación en un anexo, ni la entrega de una copia de aquella escritura, ni su puesta a disposición a través de cualquier otro medio a los prestatarios (sentencia 130/2021, de 9 de marzo). Atendiendo a estos hechos, la decisión de la Audiencia no puede entenderse ajustada a la jurisprudencia de esta sala recaída en interpretación de los arts. 5 y 7 LCGC.

6.- En consecuencia, al asumir la instancia, por las razones expuestas, procede desestimar en lo sustancial la apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar no incorporada la cláusula suelo al préstamo hipotecario en que se subrogaron los demandantes, y ordenar la restitución de las cantidades efectiva e indebidamente cobradas por aplicación de un tope mínimo en la liquidación de los intereses devengados.

SÉPTIMO .- *Costas y depósitos*

- 1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las costas del recurso de apelación, que ha sido desestimado, corresponden a la apelante. Las de la primera instancia, al haberse estimado sustancialmente la demanda, corresponden a la demandada.
- 2.- Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia n.º 120/2018, de 3 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el recurso de apelación núm. 543/2017.
- 2.º- Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Unicaja Banco, S.A. contra la sentencia nº 149/2016, de 4 de julio, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Ciudad Real, en el procedimiento ordinario 781/2016, que confirmamos en el sentido antes expresado.
- 3.º- No imponer las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Imponer las costas de la apelación y las de la primera instancia a la demandada.
- 4.º- Devolver al recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos.

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.