



Roj: **STS 2337/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2337**

Id Cendoj: **28079110012022100483**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2022**

Nº de Recurso: **435/2019**

Nº de Resolución: **487/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 487/2022

Fecha de sentencia: 16/06/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 435/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 435/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 487/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 16 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza. Es parte recurrente Aurelio , representado por

el procurador Carlos Berdejo Gracián y bajo la dirección letrada de Santiago Marquina de Padura. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A. (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.), representado por el procurador Ignacio Tartón Ramírez y bajo la dirección letrada de María del Carmen Lascasas Cacho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Carlos Berdejo Gracián, en nombre y representación de Aurelio, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza, contra la entidad Banco Español de Crédito S.A. (actualmente Banco Santander S.A.), para que se dictase sentencia por la que:

"Estimando la demanda, declare:

"- la abusividad de las cláusulas tercera y cuarta de la estipulación segunda de la escritura pública de subrogación otorgada por Banco Español de Crédito S.A. a favor de Don Aurelio firmadas el 31 de octubre de 2007, y en consecuencia la nulidad de las mismas.

"- condene a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas de forma indebida, siendo éstas las devengadas por los intereses pagados de más, desde la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo. Cantidades que ascienden a un total de siete mil seiscientos cincuenta y un euros con noventa y seis céntimos (7.651,96 €).

"Del mismo modo, de manera subsidiaria, en el caso de que el TJUE considere ilícito el hecho de acotar la retroactividad de las cláusulas suelo por ser éstas nulas, esta parte también reclama las cantidades abonadas de más desde que el préstamo hipotecario desplegó sus efectos, esto es, desde el 24 de septiembre de 2007. Cantidades que ascienden a un total de trece mil quinientos ochenta y un euros con cuarenta y tres céntimos (13.581,43 €).

"Así como aquellas cantidades que se puedan ir generando durante la tramitación del presente procedimiento judicial ya sea mediante la entrega líquida o mediante la consideración de cantidades anticipadas en concepto de amortización parcial anticipada, más los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial.

"- Se realice un nuevo cálculo del capital pendiente del préstamo hipotecario.

"- Y que en todo caso se impongan expresamente las costas a la demandada, en razón de la temeridad y mala fe con que actúan".

2. El procurador Ignacio Tartón Ramírez, en representación de la entidad Banco Santander S.A. (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.), contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"Por la que desestimando la demanda, absuelva a mi representada de todos sus pedimentos y con expresa condena en costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo la demanda interpuesta por el procurador Sr. Carlos Berdejo en representación de Aurelio frente a Banco Español de Crédito, representado por el procurador Sr. Ignacio Tartón y en consecuencia:

".- Declaro la abusividad de las cláusulas tercera y cuarta de la estipulación segunda de la escritura pública de subrogación otorgada por Banco Español de Crédito S.A. a favor de Don Aurelio firmadas el 31 de octubre de 2007, y en consecuencia la nulidad de las mismas.

".- Condeno a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas de forma indebida, siendo estas las devengadas por los intereses pagados de más, desde que el préstamo hipotecario desplegó sus efectos, cantidades que ascienden a un total de trece mil quinientos ochenta y un euros con cuarenta y tres céntimos (13.581,43 €), así como aquellas cantidades que se puedan haber generado durante la tramitación del presente procedimiento judicial, ya sea mediante la entrega líquida o mediante la consideración de cantidades anticipadas en concepto de amortización parcial anticipada, realizándose un nuevo cálculo del capital pendiente del préstamo hipotecario, todo ello a determinar en ejecución de sentencia, más los intereses legales.

"Se imponen las costas a la demandada".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander S.A. (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.)
2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza mediante sentencia de 8 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A., contra la sentencia de 6 de junio de 2017, dictada por el Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza, al que el presente rollo se contrae, y en consecuencia, desestimamos la demanda presentada por D. Aurelio, absolviendo a la entidad bancaria de los pedimentos de su demanda, con condena en costas de la primera instancia a la parte actora, y sin hacer expresa imposición de costas respecto del recurso.

"Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir dada la desestimación del mismo".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Carlos Berdejo Gracián, en representación de Aurelio, interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 5 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, arts. 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y art. 10 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios.

"2º) Infracción del art. 80.1 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, así como el art. 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013 y su auto de aclaración de 3 de junio de 2013".

2. Por diligencia de ordenación de 22 de enero de 2019, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Aurelio, representado por el procurador Carlos Berdejo Gracián; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A. (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.), representado por el procurador Ignacio Tartón Ramírez.

4. Esta sala dictó auto de fecha 27 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Aurelio contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 766/2017 dimanante del juicio ordinario n.º 828/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Zaragoza".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de junio de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 2 de febrero de 2006, siendo empleado de Banco de Valencia, Aurelio concertó un contrato de préstamo hipotecario con esta entidad, bajo unas condiciones especiales ofrecidas a los empleados de la entidad. El interés era variable, con la singularidad de que al tipo de referencia se añadía un diferencial del 0,50% mientras el prestatario fuera empleado de la entidad, que pasaría a ser del 0,75% cuando dejara de serlo.

En septiembre de 2006, el Sr. Aurelio fue contratado por Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto, más tarde integrada en Banco Santander), y pasó a trabajar como director de una oficina de este banco.



El 13 de enero de 2007, el Sr. Aurelio recibió una oferta vinculante de Banesto para subrogarse en el préstamo hipotecario, con unas condiciones especiales que esta entidad ofrecía a sus empleados. El 24 de septiembre de 2007, el Sr. Aurelio recibió otra oferta vinculante de Banesto, con unas condiciones más ventajosas. En esta oferta vinculante aparecía la firma del Sr. Aurelio tanto en el apartado destinado al representante del banco como en el apartado destinado al prestatario. La oferta vinculante no contenía ninguna cláusula suelo.

Transcurridos los veintidós días de vigencia de la oferta, el 31 de octubre de 2007, y siendo director de una oficina de Banesto, el Sr. Aurelio concertó con esta entidad un préstamo hipotecario que sustituía el anterior. El Sr. Aurelio aceptó finalmente las condiciones ofrecidas por Banesto, entre las que se encontraba una cláusula suelo del 2%, que pasaría a ser del 2,5% cuando cesara la relación laboral.

El 10 de febrero de 2012, el Sr. Aurelio fue despedido de la entidad bancaria y, a partir de entonces, empezó a operar el suelo del 2,5%.

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, Aurelio solicitó la nulidad de la cláusula suelo del contrato de 31 de octubre de 2007 y la condena de Banesto a devolver las cantidades abonadas en aplicación de esa cláusula suelo.

3. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda. Entendió que no estaba probado que se hubiera informado oportunamente al demandante de la inclusión de la cláusula suelo, pese a que la redacción de la cláusula fuera clara, y por ello la declaró nula y acordó la devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

4. Recurrida la sentencia en apelación por el banco, la Audiencia estima el recurso. La Audiencia parte de la consideración de que el Sr. Aurelio conocía que los empleados del banco tenían unas condiciones diferentes y más beneficiosas al concertar el préstamo hipotecario que el resto de los clientes. Advierte que los límites inferiores a la variación del tipo de interés eran más beneficiosos que la media de mercado, esto es, que los que entonces habitualmente establecían otras entidades bancarias y el propio Banesto. También tiene en cuenta que el Sr. Aurelio, en cuanto director de oficina, conocía perfectamente cómo operaba la cláusula suelo y las consecuencias jurídicas y económicas de su inclusión. Y deja constancia de que, al describir el proceso de contratación, el Sr. Aurelio reconoció que había acabado por aceptar pasar la hipoteca a Banesto, en las condiciones establecidas en la escritura, por una cuestión de imagen. Lo cual le lleva a razonar y concluir que el Sr. Aurelio antes de concertar la escritura de préstamo que incluía la cláusula suelo estaba informado de su existencia y de sus consecuencias jurídicas y económicas:

"En este caso, no puede establecerse que existiera asimetría de información entre la entidad bancaria y el director, apoderado de la misma, respecto del contenido de los préstamos bancarios concertado por la entidad demandada, cuanto más respecto del propio préstamo suscrito con dicha entidad, más aún cuando una de la funciones destacadas del cargo del Sr. Aurelio en la entidad bancaria era concertar préstamos hipotecarios en nombre de la misma, en los que se establecían cláusulas suelo".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante, sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción del art. 5 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, arts. 5.5 y 7b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y art. 10 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamo hipotecarios (sentencias 241/2013, de 9 de mayo; 364/2016, de 3 de junio; 170/2018, de 23 de marzo; y 240/2018, de 24 de abril).

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero.* Al resolver este motivo hemos de partir de la jurisprudencia sobre el control de incorporación contenida entre otras en las sentencias 395/2021, de 9 de junio, y 405/2021, de 15 de junio:

"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 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 por la sala)".

De acuerdo con esta doctrina, en este caso no puede negarse que la cláusula controvertida, que contenía un límite inferior a la variabilidad del tipo de interés, hubiera sido correctamente incorporada al contrato. Está incluida en el clausulado de la escritura pública de subrogación de Banesto en el préstamo hipotecario que el Sr. Aurelio tenía concertado con Banco de Valencia, y fue leída por el notario. Sin que haya quedado acreditado que concurriera alguna circunstancia que impidiera al Sr. Aurelio tener conocimiento de esta cláusula. Al contrario, la propia experiencia y actividad laboral del prestatario, director de oficina de la entidad con la que firmó la escritura, impiden negar que no hubiera tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la cláusula suelo.

TERCERO. Motivo segundo del recurso de casación

1. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del art. 80.1 LGDCU, así como el art. 5 OM de 5 de mayo de 1994, y la jurisprudencia contenida en la sentencia del pleno de la sala primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo.

En el desarrollo del motivo reitera que no se cumplen las exigencias propias del control de incorporación y del control de transparencia, y combate que el perfil del prestatario, como empleado de banca, le prive de cualquier tipo de derecho e información precontractual.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo segundo. En este motivo, el recurrente denuncia el incumplimiento de las exigencias propias del control de incorporación y de transparencia. Respecto de las exigencias propias del control de incorporación, nos remitimos a la argumentación dada en el fundamento jurídico anterior, para desestimar la impugnación.

Y en cuanto al análisis del control de transparencia, partimos de la jurisprudencia de esta sala y del Tribunal de Justicia al respecto, tal y como fue sintetizada en la sentencia 213/2021, de 19 de abril:

"El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matei; y 23 de abril de 2015, C-96/14, Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

"El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

"Tanto la jurisprudencia nacional como la comunitaria han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (por todas, STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; y STS 509/2020, de 6 de octubre). Así como que en el examen de la transparencia se deberán tener en cuenta "el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato" (STJUE de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, apartado 70)".

Si partimos de lo declarado probado por la Audiencia, es preciso concluir que en este caso hubo información precontractual suficiente para que el prestatario pudiera conocer la carga económica y jurídica que entrañaba el límite a la variabilidad del tipo de interés introducido en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario. El prestatario era director de una oficina de la misma entidad bancaria que se subrogaba en el contrato de préstamo. En su condición de director de oficina, constituía parte de su actividad promover la contratación de préstamos hipotecarios con clientes de la entidad, que solían incluir este tipo de cláusulas suelo, razón por la que tenía un conocimiento de cómo funcionaba este límite inferior a la variabilidad del tipo de interés y sus



consecuencias en la economía del contrato. Es lógico que esta circunstancia influya en este caso a la hora de corroborar la suficiencia de la información precontractual recibida.

Como advertimos en la sentencia 642/2017, de 24 de noviembre, ese juicio sobre la suficiencia de la información precontractual para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia, está en función de circunstancias como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos:

"Es cierto que un empleado de banca familiarizado con estos contratos, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, precisa de menos información (sobre todo precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo.

"(...) no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa (...)"

Si en el caso enjuiciado por la sentencia 642/2017, de 24 de noviembre, entendimos que esa circunstancia no se daba fue porque no constaba "que la actividad prestada por la demandante en el banco guardara relación con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. La demandante era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios".

Pero esta circunstancia no concurre en el Sr. Aurelio, cuya actividad de director de oficina sí estaba relacionada con la contratación de este tipo de escritura de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. Ese conocimiento, propio de un experto, es el que justifica que aunque no conste acreditado el contenido concreto de la información precontractual que en ese momento se le suministró sobre la cláusula suelo, no apreciamos la falta de transparencia, pues los conocimientos del prestatario frente al banco para el que trabajaba como director de oficina, dispensaban a la prestamista de tener que explicarle lo que era obvio que conocía perfectamente.

CUARTO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, 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 Aurelio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) de 8 de noviembre de 2018 (rollo 766/2017), que conoció de la apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza de 6 de junio de 2017 (juicio ordinario 828/2016).

2.º Imponer al recurrente las costas ocasionadas con su recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.