Roj: **STS 874/2023** - **ECLI:ES:TS:2023:874**

Id Cendoj: **28079110012023100208**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **13/03/2023**
Nº de Recurso: **4354/2019**
Nº de Resolución: **366/2023**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 366/2023

Fecha de sentencia: 13/03/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4354/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/03/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 15

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 4354/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 366/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 13 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 1260/2019, de 27 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos

de juicio ordinario n.º 795/2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente D. Domingo y D.ª Emma , representado por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre y bajo la dirección letrada de D. Federico Wahnich Chriqui.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representado por la procuradora D.ª Cristina Deza García y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Pazos Moya.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José María Ramírez Bercero, en nombre y representación de D. Domingo y D.ª Emma , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés, dado su carácter abusivo, dejando subsistente el resto del contrato, y cuyo contenido literal es:

""Las partes acuerdan que, a efectos obligaciones, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual."

"2.- Condene a Banco Popular Español, S. A. a eliminar dicha cláusula del referido contrato.

"3.- Condene a Banco Popular Español, S. A. a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario desde la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo nº 241/13, con restitución a la parte actora del exceso de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula declarada nula y al abono del interés legal del dinero desde su cobro indebido.

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

2.- La demanda fue presentada el 25 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona, fue registrada con el n.º 795/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Jordi Fontquerni Bas, en representación de Banco Popular Español, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona dictó sentencia n.º 164/2017, de 3 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Domingo y Emma , representados por el procurador Sr. Ramírez Bercero, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. representado por el procurador Sr. Fontquerni Bas.

"Ello sin imposición expresa de las costas causadas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Domingo y D.ª Emma . La representación de Banco Popular Español, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 935/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 1260/2019, de 27 de junio, cuyo fallo dispone:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Domingo y Emma contra la sentencia de 3 de julio de 2017, que confirmamos en sus propios términos.

"Se imponen las costas procesales de esta alzada a los recurrentes".

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

1.- El procurador D. José María Ramírez Bercero, en representación de D. Domingo y D.ª Emma , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la sala primera del Tribunal Supremo la sentencia n.º 241/2013 de fecha 9 de mayo de 2.013 la sentencia n.º 291/2018 de 22 de mayo de 2018 la sentencia n.º 127/2019 de 4 de marzo de 2019 y la sentencia n.º 128/2019 de 4 de marzo de 2019 en aplicación del artículo 80 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2.007 sobre el deber de transparencia de las cláusulas suelo en préstamos concertados con consumidores".

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 9 de febrero de 2022, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- . La representación de Banco Santander, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2023, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen deantecedentes*

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

1.º) El 12 de febrero de 2008, D. Domingo y D.ª Emma , como prestatarios, y Banco Pastor, S.A. (después Banco Popular Español, S.A., y ahora Banco Santander, S.A.), como prestamista, suscribieron una escritura de préstamo hipotecarios, cuyo importe ascendía a 174.000 euros, con un interés inicial del 4,75% aplicable a los seis primeros meses, y variable a partir de entonces. El interés variable sería el resultante de añadir al Euribor a un año un diferencial de 0,33%. Y había una cláusula, la TERCERA.bis.4, que establecía un límite inferior a la variabilidad del interés del 2,25%. La cláusula era del siguiente tenor literal:

"4.- LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE. Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al **2.25%** nominal anual" [énfasis de mayúsculas y negrita en la escritura].

2.º) Previamente, el 20 de diciembre de 2007, los Sres. Domingo y Emma realizaron la oportuna solicitud de concesión del préstamo por medio del servicio de contratación *on line* de Banco Pastor.

3.º) El 21 de diciembre de 2007, la entidad bancaria comunicó a los demandantes, mediante un correo electrónico, la aprobación provisional de la solicitud del préstamo, así como los términos de la operación, incluyendo el tipo de interés mínimo del 2,25%, y les remitió el correspondiente folleto informativo, instrucciones para cumplimentar la autorización, y el folleto promocional de las denominadas "ventajas premium".

4.º) El 7 de febrero de 2008, el "gestor de firmas" de la prestamista, tras haber contactado telefónicamente, remitió un nuevo correo electrónico a los demandantes con la minuta de la escritura pública y la oferta vinculante, documentos en los que nuevamente figuraba el límite del tipo de interés mínimo del 2,25%.

2. La demanda que dio inicio al presente procedimiento solicitó la nulidad de la cláusula suelo del contrato de 12 de febrero de 2008 y la condena de Banco Popular a devolver las cantidades abonadas indebidamente en aplicación de esa cláusula suelo.

3. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Entendió que se había probado que "la actuación de la compañía bancaria prestamista, relativa a la obligación de informar debidamente a los prestatarios de la operación objeto de enjuiciamiento, se ha realizado de forma adecuada para que la parte demandante-prestataria, haya adquirido un perfecto conocimiento del alcance de la referida "cláusula suelo" y con ello de la obligación contraída por la misma [...]". Esta conclusión fue sustentada por el juzgado con base en los siguientes razonamientos:

"Asimismo, existen numerosos hechos indiciarios, que hacen presumir conforme al criterio racional - art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - que el prestatario demandante, adquirió perfecto conocimiento del contenido y alcance de la "cláusula suelo" objeto de controversia.

"Dichos indicios probatorios se integran por las diversas comunicaciones cruzadas, entre la entidad bancaria prestamista, que actuaba por medio de la gestora comercial de la oficina virtual o directa de Banco Pastor, y los prestatarios, Domingo y Emma , que han sido reseñados en el relato fáctico probado plasmado anteriormente,

docs. 2 a 7 de la demandada, con anterioridad a la firma de la escritura de préstamo, en el periodo comprendido entre el 20-12-2007, fecha de la solicitud del préstamo, hasta el 12-2-2008, fecha de la firma del contrato, es decir transcurrieron casi dos meses, desde la solicitud del préstamo por aquellos, a través de la web de la oficina directa de Banco Pastor, en que aparecían las condiciones del préstamo ofertadas por el mismo.

"Posteriormente, en fecha 21-12-2007, se comunicó, por email, la aprobación provisional de la operación por parte de la entidad prestamista a los prestatarios, en que aparece reflejado el tipo mínimo de interés del 225% anual, así como la vigencia de las condiciones inicialmente ofertadas, por 3 meses, excepto el tipo inicial y el tipo mínimo que estarían sujetos a la evolución del mercado hasta 10 días antes de la firma. Asimismo en dicho correo se adjuntaba por la entidad prestamista el folleto legal informativo de la operación, las instrucciones para cumplimentar la autorización por el CIRBE para estudiar los riesgos de la operación, que devolvieron los demandantes firmado a Oficinadirecta.com, doc. nº 4 de la demandada.

"Finalmente se remitió en fecha 7-2-2008, es decir cinco días antes de la firma de escritura, por email, a los prestatarios por el gestor de firmas dependiente de Banco Pastor, tras haber contactado telefónicamente, la minuta de la escritura a firmar, la oferta vinculante y la notificación de la firma, en cuyos documentos se recogen las condiciones de la operación, entre las cuales figura el límite del tipo de interés del 225%, docs. 5 a 7 de la demandada".

4. Recurrida la sentencia en apelación por los demandantes, la Audiencia desestimó el recurso al considerar acreditado que el banco suministró la información necesaria y con la antelación suficiente para que los prestatarios pudieran conocer que existía un interés mínimo del 2,25%, conclusión que razonó así:

"[..] la demandada proporcionó información suficiente por escrito en las negociaciones previas a la firma del contrato. Hasta en seis documentos remitidos a los prestatarios antes de la firma del contrato figura el límite a la variabilidad de los tipos de interés. En efecto, no se cuestiona que el préstamo fue concertado vía electrónica, a través del servicio de Banca On Line que BANCO PASTOR (hoy BANCO POPULAR) pone a disposición de sus clientes. Consta que la solicitud del préstamo se formuló el 20 de diciembre de 2007 (documento uno de la contestación). La demandada sostiene que para formular la solicitud el cliente debe hacerlo a través de un enlace en donde se le informa de las condiciones. Sin embargo, no podemos tener por acreditado ese extremo. En cualquier caso, en la solicitud se especifica el capital, pero se omite toda referencia a las condiciones.

"18. Confirmada la viabilidad de la operación, aparecen en el correo electrónico las condiciones fundamentales, entre las que se halla el tipo mínimo (documento dos). Esas condiciones debían ser aceptadas por el cliente. Se trata de un documento muy relevante, a estos efectos, dado que se trata de una comunicación personalizada que el Banco dirige a su cliente, en el que se le informa sobre las condiciones esenciales del préstamo y en el que, de forma clara, se le informa que el tipo de interés variable será "Euribor + 0,68%, sin redondeo y con un tipo mínimo del 2.25%". Por su situación en el documento y la forma en la que se expresa el tipo mínimo resulta casi imposible que pudiera pasar desapercibida para el consumidor.

"19. Posteriormente, se remite de nuevo a los demandantes el mismo correo, con información de las condiciones del préstamo (también la cláusula suelo y techo), junto con el folleto informativo (documento tres).

"20. La demandada, finalmente, remite otros dos correos con el borrador de la escritura y la oferta vinculante. [...]".

A la vista de lo anterior, la Audiencia concluyó: "consta que la entidad de crédito proporcionó información suficiente para que los demandantes pudieran comprender y valorar las consecuencias económicas y jurídicas que se derivaban de la aplicación de la cláusula impugnada [...]".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo que ha sido admitido.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación y admisibilidad del motivo.*

1.- El motivo denuncia la infracción del artículo 80 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007, y la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, 291/2018, de 22 de mayo, 127/2019, de 4 de marzo de 2019, y 128/2019, de 4 de marzo, en relación con "el deber de transparencia de las cláusulas suelo en préstamos concertados con consumidores".

2.- Las alegaciones sobre la inadmisibilidad de este motivo formuladas por el banco recurrido no pueden ser atendidas. El motivo del recurso justifica adecuadamente el interés casacional por contradicción con nuestra jurisprudencia, identifica la infracción legal cometida y argumenta cómo se habría producido tal infracción. La cuestión objeto del motivo es de naturaleza fundamentalmente jurídica, y puede ser resuelta sin modificar la base fáctica fijada en la instancia.

No obstante, el motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Desestimación.*

1.- El supuesto objeto de este enjuiciamiento es muy similar, en términos jurídicos y fácticos, al que resolvimos en nuestra reciente sentencia 284/2023, de 22 de febrero. Como hicimos entonces, al examinar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sobre el cumplimiento de las exigencias de transparencia, primero hemos de partir de la jurisprudencia de esta sala y del Tribunal de Justicia al respecto, tal y como fue sintetizada en nuestra 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)".

Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que "en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia".

2.- Y, en segundo lugar, hemos de respetar los hechos declarados probados. La Audiencia declara que los demandantes fueron informados de la existencia del límite inferior a la variabilidad del interés con antelación suficiente a la firma de la escritura de préstamo hipotecario, destacando que el banco informó a los demandantes del límite a la variabilidad de los tipos de interés hasta en seis documentos remitidos antes de la firma del contrato de préstamo hipotecario.

En concreto, según el proceso precontractual que describe la Audiencia (i) solicitado por los demandantes el préstamo y confirmada la viabilidad de la operación, el banco les remitió un correo electrónico con las condiciones fundamentales de la operación, entre las que figuraba el tipo mínimo de interés; se trataba de un "comunicación personalizada que el banco dirige a su cliente, en el que se le informa sobre las condiciones esenciales del préstamo y en el que, de forma clara, se le informa que el tipo de interés variable será "Euribor + 0,68%, sin redondeo y con un tipo mínimo del 2.25%". Por su situación en el documento y la forma en la que se expresa el tipo mínimo resulta casi imposible que pudiera pasar desapercibida para el consumidor"; (ii) posteriormente, el banco remitió de nuevo a los demandantes, también vía correo electrónico, información de las condiciones del préstamo (incluyendo también la cláusula suelo y techo), junto con el folleto informativo; y (iii) finalmente, la demandada remitió otros dos correos con el borrador de la escritura y la oferta vinculante, en los que nuevamente figuraba el límite a la variabilidad de los intereses.

Con estos hechos declarados probados, no cuestionados a través de un recurso extraordinario por infracción procesal, y que, en consecuencia, deben permanecer incólumes en esta sede casacional, no es posible contrariar la valoración jurídica de la sentencia recurrida sobre el cumplimiento de las exigencias de transparencia, en cuanto que consta que con antelación suficiente los Sres. Domingo - Emma fueron informados de la cláusula suelo, en unos términos que permitían conocer sus consecuencias jurídicas y económicas.

CUARTO.- *Costas y depósitos*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

F A L L O

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 D. Domingo y D.ª Emma contra la sentencia n.º 1260/2019, de 27 de junio, dictada por la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 935/2017.

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

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ