

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067379

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 752/2024, de 28 de mayo de 2024

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2912/2020

**SUMARIO:****Condiciones generales de la contratación. Cláusula no negociada individualmente. Compraventa y subrogación en préstamo hipotecario en la que intervino un despacho de abogados en representación de los actores.**

El interés casacional, que en el presente caso no se acredita, consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo **improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental**, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.

**La sentencia recurrida no entra en contradicción con la doctrina jurisprudencial** de la sala. El argumento de la sentencia se ajusta a una valoración conjunta de la prueba practicada (que no ha sido impugnada mediante el correspondiente recurso por infracción procesal por los recurrentes) y se corresponde con una valoración que no es ilógica ni irracional, dado que, como ha alegado la recurrida y consta en las actuaciones, la escritura de compraventa con subrogación de hipoteca fue firmada por el abogado de un despacho profesional al que se confirieron mediante un poder notarial amplísimas facultades para la compra de inmuebles, constitución de garantías, incluidas hipotecas, solicitar dinero a préstamo con hipoteca, fijación de interés, y plazo de devolución.

En definitiva, en este caso, a los efectos que nos ocupan, **los demandantes deben asumir la misma posición que la persona con conocimientos especializados a la que contrataron** para que les representara negociando tanto la compra del inmueble como su financiación. En consecuencia, siendo clara y sencilla la redacción de la cláusula, de adecuada comprensión por persona con conocimientos técnicos en el sector, es lógico y razonable concluir que cuando finalmente escogió la subrogación en el préstamo al promotor lo hizo con conocimiento, y las consecuencias de su conocimiento deben ser asumidas por los demandantes en su relación con la demandada.

**PRECEPTOS:**

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 4.2 y 5.

Ley 26/1984 (LGDCU), arts. 10 y 10 bis.

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 1, 5 y 7.

Ley 1/2000 (LEC), art. 477. 2. 3.º.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 80.1 y 82.1.

**PONENTE:***Doña María de los Ángeles Parra Lucan.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 752/2024

Fecha de sentencia: 28/05/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2912/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/05/2024

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN 6.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2912/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente  
D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán  
D. José Luis Seoane Spiegelberg  
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 28 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Casimiro, D.<sup>a</sup> María Inés, D. Daniel y D.<sup>a</sup> Amalia, representados por el procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo y bajo la dirección letrada de D. Miguel Jesús Maldonado González, contra la sentencia n.º 102/2020, de 28 de enero, dictada por la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 651/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1361/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga, sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Unicaja Banco S.A., representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> María Irigoyen Castillo del despacho profesional Gaona Palacios y Rozados Abogados S.L.P.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero. *Tramitación en primera instancia*

1. D. Casimiro, D.<sup>a</sup> María Inés, D. Daniel y D.<sup>a</sup> Amalia interpusieron demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera y Monte de Piedad España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad (Unicaja) en la que solicitaban se dictara sentencia en la que:

" I.- Se declare la nulidad o no incorporación de:

"- La Cláusula Suelo contenida en la Cláusula Tercera BIS B, APARTADO 2), de las Cláusulas Financieras de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria de fecha 20 de septiembre de 2004, firmado en la Notaría de Don José María Montero Pérez Barquero, bajo el protocolo N.º 3100.

"- E igualmente la nulidad de la subrogación en tales cláusulas por parte de mis representados en virtud de Escrituras de Subrogación de fecha 16 de noviembre de 2005, y 6 de octubre de 2005, otorgada en la Notaría del Sr. D. Manuel Montoya Molina, bajo el protocolo N.º 22037 y 2435, respectivamente.

"2.- Se condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes y que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que debió ser amortizado. Asimismo se proceda a realizar el cálculo de las cantidades pagadas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, desde la fecha de la subrogación de la hipoteca hasta la fecha de la demanda, en caso de estimarse la Medida Cautelar propuesta, y en caso contrario hasta la fecha de la posible sentencia estimatoria.

"3.- Se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de Sentencia, sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la Cláusula cuya nulidad se pretende, vigente hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación de las cláusulas suelos cuya nulidad se insta del 3,50%, conforme a la fórmula consensuada de tipo variable de Euribor más el diferencial pactado.

"Todo ello, con imposición, en todo caso, de las costas generadas a la parte demandada".

2. La demanda fue presentada el 1 de septiembre de 2014 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga, fue registrada con el n.º 1361/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Unicaja Banco S.A.U. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda presentada de contrario con imposición de costas al demandante.

4. Por la representación procesal de D. Casimiro y otros se solicitó la adopción de Medidas Cautelares que fue desestimada mediante auto de 30 de enero de 2015.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 dictó sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017, con el siguiente fallo:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Clavero Toledo, en nombre y representación de D. Casimiro, D. Daniel, D.ª María Inés y D.ª Amalia frente a la entidad Unicaja Banco SAU, representada por la Procuradora Sra. García Solera, y en consecuencia:

"1.º Debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula que establece un límite mínimo a la variación del tipo de interés de aplicación a la relación contractual suscrita por las partes de este procedimiento, condenando a la entidad demandada a eliminarla.

"2.º Debo condenar y condeno a la entidad demandada a devolver a los actores la cantidad abonada de más en virtud de la cláusula suelo hasta la efectiva eliminación de la misma, lo que se determinará en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases que resultan de la escritura de préstamo a promotor y sendas escrituras de subrogación a dicho préstamo.

"3.º Debo condenar y condeno a la entidad Unicaja a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés declarada nula.

"4.º Todo ello, imponiendo a la parte demandada las costas del presente procedimiento".

### **Segundo. Tramitación en segunda instancia**

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unicaja Banco S.A.U.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 651/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2020, con el siguiente fallo:

"Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017 dictada en el juicio ordinario 1361/14 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga y en

consecuencia REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, y en su lugar procede la desestimación de la demanda, con expresa imposición de costas en primera instancia a la demandante y sin imposición de costas en esta instancia".

3. Por la representación procesa de D. Casimiro, D. Daniel, D.<sup>a</sup> María Inés y D.<sup>a</sup> Amalia se presentó escrito solicitando aclaración de la anterior sentencia, que fue resuelta mediante auto de 25 de febrero de 2020 con la siguiente parte dispositiva:

"Decidimos la aclaración de la sentencia conforme al fundamento de derecho cuarto [Cuarto: En virtud de ello procede corregir el fundamento de derecho primero que a modo de resumen recoge: "La parte recurrente considera que el citado préstamo fue negociado y que muestra de ello sería la intervención, como representantes de los compradores, de un despacho de abogados dedicado a ese sector, en la escritura de compraventa y subrogación de 6 de octubre de 2005 y posteriormente en la novación de 16 de noviembre de 2005. También entiende que al ser una negociación entre profesionales no le sería aplicable la normativa de consumidores y que la información ofrecida fue suficiente y más de la necesaria pues no estaba obligada a aportar la orden ministerial de 5 de mayo de 1994 y aun así se entregó. Considera que la redacción de la cláusula es clara y su transparencia formal y material queda cubierta." y en su lugar procede su nueva redacción: "La parte recurrente considera que los citados contratos fueron negociados y que muestra de ello sería la intervención, como representantes de los compradores, de un despacho de abogados dedicado a ese sector, en la escritura de compraventa de 6 de octubre de 2005 y de 16 de noviembre de 2005. También entiende que al ser una negociación entre profesionales no le sería aplicable la normativa de consumidores y que la información ofrecida fue suficiente y más de la necesaria pues no estaba obligada a aportar la orden ministerial de 5 de mayo de 1994 y aun así se entregó. Considera que la redacción de la cláusula es clara y su transparencia formal y material queda cubierta"]".

### **Tercero.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. D. Casimiro, D. Daniel, D.<sup>a</sup> Amalia y D.<sup>a</sup> María Inés interpusieron recurso de casación. Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo de los artículos 477.2.3.º de la LEC por Infracción de los art. 4.2 y 5 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, Artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/98) y por inaplicación de los arts. 10 y 10 bis de la LGCyU de 1984 y, posteriormente, los artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 1/2007), sobre los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente y la consideración de las cláusulas como abusivas. Control de Transparencia.

"Segundo.- Al amparo de los artículos 477.2.3º de la LEC, por Infracción de los Artículos 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/98), artículos 10 y 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984, todo ello, en relación a la Jurisprudencia sobre el alcance de las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato, para evitar un juicio de abusividad. Control de Transparencia de las condiciones generales de la Contratación, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

"Tercero.- Infracción de los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 1993/13/CEE, los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, todo ello relación con el artículo 10 y 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios y artículos 80.1 y 82.1 de del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto 1/2007), en relación a la Doctrina Jurisprudencial sobre el alcance del deber de transparencia de las cláusulas atinentes al objeto principal, no negociadas individualmente, para evitar el Juicio de "Abusividad". Todo ello, en relación, a la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos de Subrogación hipotecaria de los llamados créditos promotor".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Casimiro, D. Daniel, D.<sup>a</sup> Amalia y D.<sup>a</sup> María Inés contra la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2020 por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación 651/2018, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1361/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga".

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

4. Por providencia de 8 de abril de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 22 de mayo de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Antecedentes relevantes

1. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga de 27 de diciembre de 2017 considera probados estos hechos:

1) Los demandantes, Casimiro y María Inés, con fecha 16 de noviembre de 2005, suscribieron escritura de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario otorgada por la entidad Unicaja a la promotora, la mercantil "Arenal Sur 21, S. A."

En dicha escritura no intervenía la entidad prestamista, Unicaja, y en representación de los actores intervino un despacho de abogados (Anderson & Asociados Abogados, S. L.).

La escritura aportada como documento 2 de la demanda se remitía a las condiciones de la hipoteca que Unicaja había concedido a la mercantil Arenal Sur 21, S. A., recogándose específicamente que el plazo de amortización del préstamo era de 25 años y el tipo de interés consistía en el euribor más un punto.

En la escritura de hipoteca en la cual se subrogaban los compradores, aportada como documento 1 de la demanda, sí se recogía que en el caso de que se optase por una hipoteca a tipo de interés variable, finalizado el periodo de carencia de amortización de capital, se aplicaría el tipo de interés resultante de agregar al tipo de interés de referencia 1,00 punto - el porcentaje aparecía destacado en negrita en la escritura-. Si bien, en el párrafo siguiente se recogía la siguiente estipulación sin destacar mediante negrita o subrayado: "En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual".

2) Los demandantes, Daniel y Amalia, con fecha 6 de octubre de 2005, suscribieron escritura de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario otorgada por la entidad Unicaja a la promotora, la mercantil "Arenal Sur 21, S. A."

En dicha escritura no intervenía la entidad prestamista, Unicaja.

La escritura aportada como documento 6 de la demanda se remitía a las condiciones de la hipoteca que Unicaja había concedido a la mercantil Arenal Sur 21, S. A., recogándose específicamente que el plazo de amortización del préstamo era de 25 años y el tipo de interés consistía en el euribor más un punto.

En la escritura de hipoteca en la cual se subrogaban los compradores, aportada como documento 1 de la demanda, sí se recogía que en el caso de que se optase por una hipoteca a tipo de interés variable, finalizado el periodo de carencia de amortización de capital, se aplicaría el tipo de interés resultante de agregar al tipo de interés de referencia 1,00 punto - el porcentaje aparecía destacado en negrita en la escritura-. Si bien, en el párrafo siguiente se recogía la siguiente estipulación sin destacar mediante negrita o subrayado: "En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual".

3) A partir de un determinado momento de la vida del contrato, se ha venido aplicando a los demandantes la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés que figuraba en sendas escrituras (hecho admitido por ambas partes).

4) No consta una advertencia expresa del Sr. notario sobre la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés.

5) No se discute la condición de consumidores de los prestatarios en la concertación del préstamo.

6) Tampoco se discute que el sistema de amortización del préstamo pactado es el denominado "sistema de amortización francés".

2. El 1 de septiembre de 2014, Casimiro y María Inés, Daniel y Amalia presentaron demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad frente a la entidad Unicaja Banco, S. A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, solicitaban el dictado de una sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declare la nulidad o no incorporación de: La cláusula suelo contenida en la cláusula tercera bis b, apartado 2), de las cláusulas financieras de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 20 de septiembre de 2004, firmado en la Notaría de Don José María Montero Pérez Barquero, bajo el protocolo nº 3100. E igualmente la nulidad de la subrogación en tales cláusulas por parte de mis representados en virtud de Escrituras

de Subrogación de fecha 16 de noviembre de 2005, y 6 de octubre de 2005, otorgada en la notaría del Sr. D. Manuel Montoya Molina bajo el protocolo nº 22037 y 2435, respectivamente.

"2.- Se condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes y que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que debió ser amortizado. Asimismo, se proceda a realizar el cálculo de las cantidades pagadas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, desde la fecha de la subrogación de la hipoteca hasta la fecha de la demanda, en caso de estimarse la medida cautelar propuesta y en caso contrario hasta la fecha de la posible sentencia estimatoria.

"3.- Se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases se las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya nulidad se pretende, vigente hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación de las cláusulas suelos cuya nulidad se insta del 3,50% conforme a la fórmula consensuada de tipo variable de euribor más el diferencial pactado".

Los demandantes alegaban que suscribieron escritura de compraventa con la entidad "Arenal Sur 21, S. A.", subrogándose en la hipoteca que Unicaja había concedido a la promotora. En las escrituras de préstamo, y respecto del tipo de interés aplicable, a pesar de que se había informado que el tipo de interés aplicable era variable, figuraba inserta en la escritura una cláusula con un tipo de interés mínimo de referencia al 3,50%, cláusula conocida como cláusula "suelo", mediante la cual por mucho de baje el tipo de referencia, siempre se aplicará el tipo mínimo del 3,50 %.

Alegaba la parte actora que nos encontramos ante una condición general de la contratación de carácter abusivo por tratarse de una cláusula no negociada individualmente incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria que transgrede el principio de buena fe contractual al ocasionar en perjuicio del cliente un desequilibrio de las obligaciones injustificado y favorable a una sola de las partes (la entidad demandada), habiendo incumplido la prestamista con su deber de transparencia en los términos definidos por la jurisprudencia. Todo ello, según la versión de los hechos que ofrece la parte actora, quien ejercita su acción al amparo de lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores.

La parte demandada, la entidad Unicaja Banco, SAU, se opuso a la demanda presentada de contrario, pidiendo el dictado de una sentencia desestimatoria de la misma, manifestando que ni el establecimiento de las cláusulas fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria, que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo de los actores, siendo el resultado de una negociación, defendiendo que no puede sostenerse que exista falta de transparencia e información.

**3.** El juzgado estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula que establece un límite mínimo a la variación del tipo de interés de aplicación a la relación contractual suscrita por las partes de este procedimiento, condenando a la entidad demandada a eliminarla. También condenó a la entidad demandada a devolver a los actores la cantidad abonada de más en virtud de la cláusula suelo hasta la efectiva eliminación de la misma, lo que se determinará en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases que resultan de la escritura de préstamo a promotor y sendas escrituras de subrogación a dicho préstamo. Igualmente condenó a la entidad Unicaja a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés declarada nula. Todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada.

Tras una extensa transcripción de jurisprudencia, el juzgado concluye que en el caso "no se acredita que la entidad ahora demandada incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con los consumidores, para que D. Casimiro, D. Daniel, D.<sup>a</sup> María Inés y D.<sup>a</sup> Amalia tuvieran un conocimiento cabal de lo que estaban contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que los actores no tuvieron al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico que para ellos se derivaba de la inclusión de la cláusula en la escritura de préstamo, pudiendo afirmarse que la inclusión de la cláusula suelo aparece como sorpresiva para los clientes que piensan que han firmado un préstamo hipotecario a interés variable a la vista de la información ofrecida por el empresario. El hecho de que la denominada cláusula suelo se recoja en la escritura justo a continuación del diferencial aplicable no excluye la afirmación de que la estipulación resulte sorpresiva si la misma no ha sido convenientemente explicada al consumidor por aquel a quien incumbe dicha carga (el banco). Y, en este sentido, los actores, D. Casimiro y D. Daniel, declararon al ser interrogados en el acto de la vista que el personal de Unicaja no informó en ningún momento de la existencia del tipo mínima".

**4.** La demandada recurrió en apelación alegando, en síntesis, que los citados préstamos fueron negociados y que muestra de ello sería la intervención en la escritura de compraventa y subrogación de 6 de octubre de 2005 y de 16 de noviembre de 2005, como representantes de los compradores, de un despacho de abogados dedicado a

ese sector. También argumentó que, al ser una negociación entre profesionales, no sería aplicable la normativa de consumidores, y que la información ofrecida fue suficiente y más de la necesaria, pues aunque el préstamo no estaba sujeto a la orden ministerial de 5 de mayo de 1994, pues la cuantía del préstamo superaba los veinticinco millones de pesetas, se proporcionó la información prevista, y el notario les advirtió de la existencia de límite al interés variable, lo que si bien puede no ser suficiente, sí es un indicio más de la información de que disponían los prestatarios. Añadió que la redacción de la cláusula era clara y su transparencia formal y material queda cubierta.

5. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó la demanda, con imposición de las costas de la primera instancia a los demandantes y sin imposición de costas de la apelación. En síntesis, razonó que los prestatarios eran consumidores, pero habían actuado en la contratación a través de un representante con competencias técnicas y conocimiento del sector, entre cuyas funciones están las de contrastar la información y por tanto de negociación de la misma.

### **Segundo. Planteamiento del recurso de casación**

1. Debemos observar que en este caso se produjo, sin que haya sido cuestionada por nadie en ningún momento, una acumulación subjetiva de acciones, pues si bien la demandada es la misma, Casimiro y Daniel, de una parte, y Amalia y María Inés, de otra parte, suscribieron de manera independiente dos escrituras de compraventa con subrogación hipotecaria, y lo que solicitan es la declaración de nulidad de la subrogación de cada uno de ellos en su respectivo contrato en la cláusula suelo del préstamo al promotor (aunque además soliciten la nulidad de la cláusula suelo en el préstamo hipotecario al promotor, que no ha sido parte en este procedimiento).

En primera instancia se declaró estimar íntegramente la demanda (si bien más precisamente la nulidad solo se declaró de la cláusula aplicable a la relación contractual existente entre las partes del procedimiento), sin distinción, y en segunda instancia, también sin distinción, se estimó el recurso de apelación de la demandada y se desestimó la demanda.

Casimiro y María Inés han presentado un escrito por el que interponen recurso de casación fundado en tres motivos.

Daniel y Amalia han presentado otro escrito por el que también interponen recurso de casación fundado en los mismos motivos.

Los cuatro recurrentes se han personado ante la sala mediante el mismo escrito y con la misma representación procesal. Únicamente han constituido un depósito para la interposición del recurso.

El auto de esta Sala Primera de fecha 20 de julio de 2022, en su parte dispositiva, declara admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Casimiro, Daniel, Amalia y María Inés contra la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2020 por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), en el rollo de apelación 651/2018, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1361/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga.

8. La parte recurrida se ha opuesto de manera conjunta a los dos escritos aludiendo a un único recurso interpuesto por los cuatro recurrentes, tal como se menciona en el auto de admisión.

Además, ha alegado que es inadmisibile, por adolecer de defectos formales (extensión, tipo de letra, estructura), y no respetar los hechos probados.

Dada la generalidad con la que se formulan los óbices y su referencia a causas de inadmisibilidad de las que esta sala considera no absolutas, y que no han impedido a la parte recurrida oponerse ni a la sala conocer lo que plantean los recurrentes, procede entrar a analizar los motivos de casación.

En atención a la identidad de los dos escritos de recurso presentados, tanto en cuanto a los motivos como a su desarrollo, y dado que la única diferencia existente se refiere al nombre de los recurrentes en el encabezamiento y en el suplico ( Casimiro y María Inés, de una parte; Daniel y Amalia, de otra), daremos respuesta conjunta a lo alegado en ambos escritos.

### **Tercero. Motivos del recurso de casación**

1. En el primer motivo del recurso, por la vía del interés casacional, y al amparo del artículo 477. 2. 3.º de la LEC, se denuncia la infracción de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998) y la inaplicación de los arts. 10 y 10 bis de la LGCU de 1984 y, posteriormente, los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 1/2007), sobre los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente y la consideración de las cláusulas como abusivas.

La parte recurrente considera que las cláusulas suelo no superan el control de transparencia. Se denuncia la vulneración de lo dispuesto en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, sobre la exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión ( arts.5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo,

TRLCU), interpretados conforme a los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste y relativa a la nulidad de las cláusulas de tipo mínimo o suelo en préstamos hipotecarios a interés variable.

2. En el motivo segundo, por la vía del interés casacional, al amparo de los arts. 477. 2. 3.º de la LEC, se denuncia la infracción de los arts. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/98), arts. 10 y 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984, todo ello, en relación con la jurisprudencia sobre el alcance de las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato, para evitar un juicio de abusividad. Se refiere al control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, en relación con la jurisprudencia contenida en la sentencia del pleno de 9 de mayo de 2013, n.º 241/2013, y su auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste y relativa a la nulidad de las cláusulas de tipo mínimo o suelo en préstamos hipotecarios a interés variable.

Añade que la experiencia profesional del prestatario o la intervención de un profesional no convalida la defectuosa información precontractual de la entidad demandada, máxime, dice, cuando en la escritura de subrogación no se aprecia la cláusula suelo. Considera que, en el caso, sin ninguna prueba, la sentencia recurrida afirma que hubo negociación por el hecho de que intervinieran sus abogados, cuando no se ha probado qué intervención tuvieron ambos abogados.

3. En el motivo tercero se denuncia la infracción de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 1993/13/CEE, los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, todo ello relación con el art. 10 y 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios y artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto 1/2007), en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el alcance del deber de transparencia de las cláusulas atinentes al objeto principal, no negociadas individualmente, para evitar el juicio de "abusividad". Todo ello, en relación con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos de subrogación hipotecaria de los llamados créditos promotor.

Se refiere al deber de transparencia en los supuestos de subrogación hipotecaria en los conocidos como créditos promotor, y que la obligación de la entidad prestataria no decae, sino que está obligada a proporcionar toda la información suficiente para que el consumidor tenga pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas de las condiciones en las que se subroga; con especial atención a la cláusula suelo, cuando precisamente, en las condiciones de la subrogación entregadas a los demandantes por parte de la promotora en ningún momento aparece la existencia de la cláusula suelo, motivo alguno por lo que se demuestra que no ha habido información alguna, más si cabe teniendo en cuenta la argumentación de la Audiencia Provincial de Málaga respecto a que se produjo negociación por la intervención de abogado, poco podía saber el abogado cuando la información previa, escasa, partía de que no había cláusula suelo y, tampoco, se ha desplegado actividad probatoria por quien lo alega (UNICAJA BANCO) para desvirtuar lo invocado y acreditado por las partes. Añade que, de acuerdo con la jurisprudencia, la cualificación profesional de un prestatario le habría permitido comprender mejor la información, pero no suplir la información que no se le suministró.

#### **Cuarto. Alegaciones de la recurrida**

Al primer motivo se opone argumentando que dio cumplimiento a las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, a pesar de que ninguno de los contratos, por su cuantía, lo exigía, y que los prestatarios conocían con anterioridad a la firma del contrato su contenido, además de que el notario les informara del mismo, de modo que la cláusula, que es clara y sencilla, y está debidamente resaltada entre las condiciones principales del contrato, supera los controles de incorporación y transparencia. Añade que en el caso hubo negociaciones previas a la firma de los contratos.

Al motivo segundo se opone argumentando que, tal como acoge la sentencia recurrida, hubo negociaciones previas, y así resulta de la intervención de profesionales que intervinieron en representación de los adquirentes, sin que la responsabilidad de sus apoderados se pueda trasladar al banco, que al igual que la promotora, negoció e informó de las condiciones financieras del préstamo al promotor y de las diferentes modalidades hipotecarias existentes en ese momento a los profesionales designados, y que serían los mandatarios quienes debían informar al consumidor de las gestiones realizadas y las condiciones financieras pactadas. Añade que además de que uno de los prestatarios era agente de la propiedad inmobiliaria. Considera que la sentencia recurrida es conforme con la

doctrina de la sala, pues valora que los demandantes actuaron a través de representantes cualificados con conocimiento del sector.

Al motivo tercero se opone alegando que la cláusula fue negociada, que era transparente, se actuó respetando los principios de buena fe, y que los prestatarios tuvieron información previa y por tanto la oportunidad de elegir otra oferta de la existente en el mercado.

#### **Quinto. Decisión de la sala. Desestimación del recurso**

1. Aunque el recurso se compone de tres motivos, los argumentos empleados en su desarrollo se centran en la denuncia de falta de información precontractual y, por tanto, de transparencia de la cláusula litigiosa, por lo que les daremos respuesta conjunta para desestimarlos.

2. Es jurisprudencia reiterada que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el "interés casacional" que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha (sentencias, entre otras, 311/2020, de 16 de junio, 140/2019, de 6 de marzo y 692/2018, de 11 de diciembre).

3. En el presente caso no se acredita el interés casacional, al igual que sucedía en el supuesto de que se ocupó la sentencia 79/2022, de 2 de febrero, que en un caso análogo desestimó el recurso de casación interpuesto por los prestatarios que habían contratado a un intermediario con quien se entendía la entidad prestamista demandada.

Como dijimos en la mencionada sentencia:

"En el presente caso, tal y como sostiene la recurrida "[L]as sentencias de contraste que citan los recurrentes no contienen doctrina relativa a la cuestión nuclear sobre la que pivota la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida [...]". A diferencia de esta (de la sentencia contrastada), ninguna de ellas (de las sentencias de contraste) considera como dato esencial y determinante de la decisión adoptada la intervención en la gestión y concertación del préstamo hipotecario, por encargo de los prestatarios y en su representación, de una persona con conocimientos especializados. Por lo tanto, falta la relación de contradicción entre la sentencia recurrida y la doctrina jurisprudencial de la sala cuya apreciación resulta necesaria para considerar que el recurso presenta interés casacional.

"También tiene razón la entidad recurrida cuando alude, sin cuestionar el cuerpo teórico y directrices generales de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia -cuya uniformidad y contenido asume-, a la necesidad de valorar y tener en cuenta las circunstancias particulares y concretas de cada caso. Y, en efecto, considerarlas resulta indispensable, precisamente, porque dicho control no se puede reducir a un mero ejercicio teórico y formal desconectado de su finalidad o contrario a su razón de ser.

"De ahí lo declarado por la sentencia 642/2017, de 24 de noviembre:

"[P]ero tanto la suficiencia de la información precontractual como la que se aporte al tiempo de la firma del contrato, para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia, está en función de otras circunstancias, como el que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos. Así lo entendió la sentencia 367/2017, de 8 de junio, al exponer los límites del carácter vinculante de la sentencia que estima una acción colectiva en la que se pedía la nulidad de una cláusula por falta de transparencia, respecto de una acción individual posterior [...]".

"Habiéndose declarado en dicha exposición lo siguiente: "[e]n el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración "todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración", como prevén los arts. 4.1 de la Directiva y art. 82.3 TRLCU.

"Es por eso que, pese al carácter más objetivo del enjuiciamiento de la abusividad de las condiciones generales, cuando está en juego el control de transparencia, en el que la información al consumidor sobre la incidencia que la cláusula suelo tiene en el precio del contrato es fundamental, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, por sus circunstancias personales, se encuentren correctamente informados sobre la trascendencia de la cláusula. Cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido, que es justamente la existencia de consentimiento del consumidor respecto de tales cláusulas.

"Además de lo anterior, no otorgar relevancia a estas circunstancias excepcionales cuando de ellas resulta con claridad que el consumidor conoce adecuadamente la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio, sería contrario a las exigencias de la buena fe, que informan todo el ordenamiento jurídico".

"La argumentación de la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina anterior.

"La Audiencia considera "dato esencial" que los recurrentes contrataran a una asesora financiera con conocimientos especializados para que les buscara financiación en el mercado bancario a través de un préstamo hipotecario, consiguiéndoles la mejor oferta, y para que se encargara, de forma directa y en su representación, de gestionar y concertar el préstamo; siendo dicha asesora la que, en definitiva y con arreglo a lo que se le había encargado, se ocupó de todo, limitándose ellos a acudir a la notaría para firmar el contrato.

"Pues bien, siendo clara y sencilla la redacción de la cláusula y presumible su adecuada comprensión por la persona con conocimiento especializado contratada por los prestatarios para actuar en su lugar, representándolos, ante el prestamista, es lógico y razonable que la Audiencia, con arreglo a estas concretas circunstancias, considere superado el control de transparencia al resultar excusable, por su carácter innecesario, "[u]na explicación añadida de la carga económica que implica dicha cláusula en el contrato cuando su interlocutor debe presumirse que la conoce, y en tal situación está representando a los demandantes que deben asumir la misma pues precisamente contrataron los servicios de la financiera para la búsqueda y negociación del contrato por sus conocimientos especializados, los cuales, a los efectos que nos ocupan, deben tomarse en consideración para valorar la posición contractual de los demandantes".

Y por último, tampoco desvirtúa la razón de decidir de la Audiencia, y también en esto asiste la razón a la recurrida, la mera invocación por los recurrentes, sin mayores precisiones argumentales, a la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, supuesto este que integra una situación y da lugar a una posición jurídicamente distintas a las del caso".

4. En el caso que juzgamos, la sentencia recurrida no entra en contradicción con la doctrina jurisprudencial de la sala. La doctrina y la jurisprudencia expuestas en los motivos del recurso no se cuestionan, pero en este caso las circunstancias fácticas determinantes de la decisión de la Audiencia Provincial, de las que los recurrentes prescinden, hacen que la sentencia recurrida no sea contraria a la doctrina de la sala.

La Audiencia Provincial estima el recurso de la demandada, revoca la sentencia del juzgado y desestima la demanda, atendiendo a que los prestatarios, a quienes no niega la condición de consumidores, actuaron a través de un representante con competencias técnicas y conocimiento del sector, a quien por sus funciones le incumbía negociar y contrastar la información.

El argumento de la sentencia se ajusta a una valoración conjunta de la prueba practicada (que no ha sido impugnada mediante el correspondiente recurso por infracción procesal por los recurrentes) y se corresponde con una valoración que no es ilógica ni irracional, dado que, como ha alegado la recurrida y consta en las actuaciones, la escritura de compraventa con subrogación de hipoteca de los Sres. Casimiro María Inés fue firmada por el abogado de un despacho profesional al que se confirieron mediante un poder notarial amplísimas facultades para la compra de inmuebles, constitución de garantías, incluidas hipotecas, solicitar dinero a préstamo con hipoteca, fijación de interés, y plazo de devolución. Consta igualmente que la comunicación de la entidad demandada se dirigía al gabinete jurídico que se encargaba de las gestiones. De manera semejante sucede con la escritura de compraventa con subrogación de hipoteca de los Sres. Daniel y Amalia, otorgada en su nombre por un abogado con amplios poderes para comprar inmuebles y solicitar y obtener toda clase de préstamos o créditos con cualesquiera entidades bancarias o de crédito, constitución de hipotecas en garantía de los mismos, subrogarse en préstamos hipotecarios preexistentes, así como para novarlos o modificarlos. Consta también que los Sres. Daniel y Amalia previamente habían suscrito a través de otro abogado un documento privado de compraventa con la promotora quien, de entre las diferentes opciones de pago que se ofrecían, optó por la no subrogación en el préstamo al promotor, cosa que finalmente sí hicieron.

En definitiva, en este caso también podemos decir que, a los efectos que nos ocupan, los demandantes deben asumir la misma posición que la persona con conocimientos especializados a la que contrataron para que les representara negociando tanto la compra del inmueble como su financiación. En consecuencia, siendo clara y sencilla la redacción de la cláusula, de adecuada comprensión por persona con conocimientos técnicos en el sector, es lógico y razonable concluir que cuando finalmente escogió la subrogación en el préstamo al promotor lo hizo con conocimiento, y las consecuencias de su conocimiento deben ser asumidas por los demandantes en su relación con la demandada.

Sentado todo lo anterior, procede la desestimación del recurso de casación.

## Sexto.

La desestimación del recurso de casación conlleva que las costas procesales devengadas por el mismo hayan de ser impuestas a la parte recurrente.

**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 Casimiro, Daniel, Amalia y María Inés contra la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2020 por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), en el rollo de apelación 651/2018, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1361/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga

2.º- Imponer las costas procesales del recurso de casación a la parte recurrente, con 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.