



Roj: **STS 4121/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4121**

Id Cendoj: **28079110012017100606**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2017**

Nº de Recurso: **320/2015**

Nº de Resolución: **642/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 642/2017

Fecha de sentencia: 24/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 320/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 320/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 642/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 24 de noviembre de 2017.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante. El recurso fue interpuesto por Evangelina , representada por la procuradora María José Rodríguez Teijeiro y bajo la dirección letrada de Miriam García Medina. Es parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de Jorge Capell Navarro.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Esteban López Minguela, en nombre y representación de Evangelina , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, contra la entidad Banco Popular Español S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que, estimando íntegramente la demanda formulada:

- Se declare la nulidad, por abusiva y falta de transparencia, de la condición general de la contratación establecida en el contrato de que se deriva la presente demanda y que establece una limitación del tipo de interés aplicable -cláusula suelo-, cuyo contenido literal es el siguiente:

"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 4% nominal anual".

- Se condene a eliminar la citada cláusula considerada una condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable -cláusula suelo- del contrato de préstamo suscrito.

- Accesoriamente a la acción de nulidad, se condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula y sus intereses en aplicación del artículo 1303 del Código Civil .

- Y condene a la entidad al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2. La procuradora Pilar Fuentes Tomás, en representación de la entidad Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Banco Popular Español S.A. de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando en esencia la demanda interpuesta por Evangelina contra Banco Popular SA debo declarar la nulidad de la cláusula cuarta -Límites a la Invariabilidad del Tipo de Interés- del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 17 de julio de 2008 y condenar a la demandada a la eliminación de la citada cláusula, sin eficacia desde la presente resolución, manteniéndose la vigencia del contrato, sin la aplicación de los límites del suelo.

»Las costas se imponen a la demandada».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida por las representaciones respectivas de Evangelina y de la entidad Banco Popular Español S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante sentencia de 18 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación (impugnación) entablado por la parte demandada, la mercantil Banco Popular Español S.A., representado en este Tribunal por el Procurador D.(ª) Pilar Fuentes Tomás; y desestimando el recurso de apelación entablado por la parte actora, D.ª Evangelina , representada en este Tribunal por el Procurador D. Esteban López Minguela contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante de fecha 30 de junio de 2014 , debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a la entidad demandada de todas las pretensiones contra la misma formuladas en la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas en su instancia y las comunes por mitad; y



sin expresa imposición de las costas a la parte impugnante-apelante; y con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandante».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Esteban López Minguela, en representación de Evangelina , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , con infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del 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.

2º) Infracción del art. 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 y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del 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 y Sentencia de 18 de junio de 2012, nº 406/2012».

2. Por diligencia de ordenación de 28 de enero de 2015, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.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 Evangelina , representada por la procuradora María José Rodríguez Teijeiro; y como parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez.

4. Esta sala dictó auto de fecha 12 de julio de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Evangelina contra la sentencia dictada, el día 18 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), en el rollo de apelación n.º 283/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 893/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Popular Español 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 8 de noviembre de 2017, 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 17 de julio de 2008, Evangelina concertó con Banco Pastor, S.A. un préstamo hipotecario de 140.000 euros. El préstamo debía amortizarse mediante el pago de cuotas mensuales, durante 30 años. Para los primeros meses, hasta el 31 de marzo de 2009, se preveía un interés fijo del 5,25%. A las restantes cuotas siguientes se debía aplicar un interés variable, el Euribor más un diferencial de 0,95 puntos porcentuales. Bajo la rúbrica «LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS», en el contrato aparece la siguiente cláusula:

«Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,00% nominal anual».

Evangelina era empleada de banca desde el año 1991, de otra entidad distinta al Banco Pastor, en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario.

2. Evangelina interpuso una demanda contra Banco Popular Español, S.A., que había sucedido a Banco Pastor, en la que pedía la nulidad de la reseñada cláusula (suelo), por abusiva y falta de transparencia. También pedía la condena al banco a restituir las cantidades que hubiera cobrado de más en aplicación de esta cláusula.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, al apreciar la falta de transparencia de la cláusula suelo y su abusividad. Condenó al banco demandado a eliminar la citada cláusula. Expresamente negó eficacia a la cláusula desde la sentencia, y mantuvo la vigencia del contrato sin la aplicación de esos límites previstos en la cláusula suelo.



4. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estima el recurso y absuelve al banco demandado. La sentencia de apelación entiende que en atención a la condición de empleada de banco de la prestataria, que permite presuponerle un conocimiento de la materia, y a que la cláusula está expresada en términos claros y comprensibles, «necesariamente la prestataria tuvo que interesarse por el precio de la operación y recibir, para terminar dicha operación, información sobre éste -cláusula suelo- y necesariamente otros extremos». De tal forma que le atribuye un conocimiento de la existencia de la cláusula suelo y de cómo operaba sobre el interés.

Además, razona que «si se aprecia que el cliente tiene el conocimiento de la cláusula, de sus efectos y plena comprensión de la misma, no bastaría para concluir con la nulidad de la misma con la constatación de la falta de información prestada por la entidad, pues la transparencia se impone a la entidad bajo la forma de suministrar al consumidor información comprensible y adecuada sobre tales extremos cuando no se conoce por el consumidor y su incumplimiento puede ser reprochable disciplinariamente pero no contractualmente si no se da la ausencia del conocimiento debido».

Y concluye que «la mera lectura de la cláusula permitía a la demandante tomar pleno conocimiento del alcance de la misma, de sus repercusiones de futuro y sobre el precio del préstamo. Y siendo así, debemos rechazar la nulidad de la cláusula pues, respecto de la cliente-demandante, no se quebró el principio de transparencia material exigible».

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

El banco, con carácter previo a mostrar su oposición a cada uno de los motivos, aduce su inadmisibilidad. Las causas de inadmisibilidad invocadas no son absolutas, sino relativas, y serán analizadas junto con cada uno de los motivos.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la «infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación». En concreto, se afirma que la sentencia recurrida vulnera los preceptos señalados en relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación.

El recurso entiende que la cláusula no cumple los requisitos para su válida incorporación porque el banco no entregó ningún folleto informativo a su cliente, como exige el art. 3 de la OM de 5 de mayo de 1994, ni tampoco la preceptiva oferta vinculante, prevista en el art. 5 de la OM; y porque no se informó a la Sra. Evangelina del derecho que le asistía de acudir a la notaria tres días antes de la firma del préstamo, como prevé el art. 7 de la OM.

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

2. *Desestimación del motivo primero* . Procede desestimarlo porque plantea una cuestión sobre la que no se pronunció la sentencia recurrida. El demandante había pedido la nulidad de la cláusula por entender que era abusiva, y en los fundamentos de derecho de la demanda se hacía referencia al control de incorporación y al juicio de transparencia. La sentencia de primera instancia, que estimó la demanda, obvió la nulidad por la primera causa o motivo, y la acordó por la segunda, al entender que la cláusula suelo no pasaba en este caso el control de transparencia y era abusiva.

La Audiencia, al conocer del recurso del banco, entra a analizar si se cumplieron los deberes de transparencia exigidos y concluye que sí, razón por la que estima la apelación y desestima la demanda. No entra a analizar si existía alguna objeción a la incorporación de la cláusula.

En estas condiciones, no es posible ahora replantear la cuestión sobre la correcta incorporación de la cláusula por vía del recurso de casación por dos razones. En primer lugar, porque esta cuestión, al ser previa al ejercicio del control de transparencia fue desestimada por el juzgado de primera instancia, que sí estimó la nulidad basada en la falta de transparencia, sin que hubiera sido objeto de controversia en apelación. Y, en segundo lugar, porque aun en el supuesto en que pudiera entenderse que la cuestión seguía vigente en apelación, en caso de estimarse la impugnación del banco respecto de la apreciación de la nulidad por falta de transparencia, estaríamos ante la omisión de un pronunciamiento debido, que hubiera justificado una petición de complemento y, en su caso, un recurso extraordinario por infracción procesal, pero no el de casación.

3. *Formulación del motivo segundo* . El motivo denuncia la infracción del art. 80.1 LGDCU , porque la sentencia recurrida, «al realizar un análisis de la cualificación profesional o perfil de la Sra. Evangelina propio de las acciones en las que se insta la anulabilidad del contrato por la existencia de un error vicio en el consentimiento, acción que ninguna relación guarda con la ejercitada en las presentes actuaciones».

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



4. *Estimación del motivo segundo* . Conforme a la jurisprudencia establecida tras la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y muchas otras posteriores (entre otras, sentencias 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril , y 705/2015, de 23 de diciembre) el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

De tal forma que, como afirma la sentencia 241/2013, de 9 de mayo :

«[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 » (ap. 49), añade:

«50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).

»51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

5. Para llevar a cabo el control de transparencia, resulta muy importante no perder de vista su razón de ser, tal y como lo exponemos en la Sentencia 171/2017, de 9 de marzo :

«La *ratio* de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

»Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

»Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al



consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

En las sentencias 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio, hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento.

Es cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

Pero 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.

La sentencia ahora recurrida ha entendido que la condición de empleada de banco de la prestataria hacía innecesaria la información precontractual, y presume que, a la vista de la claridad de la cláusula, estaba en condiciones de conocer la existencia de la cláusula y cómo operaba o qué incidencia tendría en la determinación del interés.

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.

Pero, aunque 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, en este caso no es así.

En primer lugar porque la Audiencia parte de que no ha quedado acreditado ninguna clase de información previa antes de la firma del contrato, ni durante la misma, más allá de la lectura de la escritura por el notario; y, en segundo lugar, porque no consta 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.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
2. La estimación de la casación ha supuesto la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Popular, razón por la cual imponemos a la parte apelante las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Evangelina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8.ª) de 18 de noviembre de 2014 (rollo 283/2014), que casamos y dejamos sin efecto.
- 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 30 de junio de 2014 (juicio ordinario núm. 893/2013).
- 3.º- No hacer expresa condena de las costas de casación con devolución del depósito constituido para recurrir, e imponer las de apelación a la parte apelante.



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