



Roj: **STS 3324/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3324**

Id Cendoj: **28079110012017100483**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2017**

Nº de Recurso: **835/2015**

Nº de Resolución: **511/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5897/2014,**
STS 3324/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia núm. 366/2014 de 22 de diciembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 521/2014, dimanante de las actuaciones de juicio verbal núm. 408/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida El Mobiliario Urbano SLU, representada por la procuradora D.ª Iciar de la Peña Argacha y bajo la dirección letrada de D. Rafael Rico Ríos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El Fiscal interpuso demanda de juicio verbal contra la mercantil El Mobiliario Urbano S.L.U., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«declarando la nulidad y condenando a la mercantil El Mobiliario Urbano SLU a eliminar y abstenerse de utilizar en lo sucesivo, la siguientes cláusulas contenidas en las "Condiciones Generales de Acceso y Utilización del sistema Valenbisi (CGAU)":

».- Art. 5.4 CGAU: "En caso de litigio sobre el periodo máximo de utilización autorizado de la bicicleta por el Cesionario, prevalecerán los datos entregados por el servidor informático del Cedente".

».- Art. 9.2 CGAU: "Cualquier retraso en la devolución de la bicicleta superior a 24 horas (plazo contado desde la hora y la fecha de alquiler registradas en el programa de gestión del sistema en el Abono Valenbisi Larga Duración, Abono Valenbisi Abonado Asociado y Abono Valenbisi Corta Duración), se considerará desaparición de la bicicleta y dará derecho a El Cedente a ejecutar la fianza establecida en el art. 3.1.3 de las presentes CGAU para los Abonados Valenbisi Corta Duración o llevar a efecto las sanciones establecidas en el art. 12 de las presentes CGAU para los Abonados Valenbisi Larga Duración o Abonados Valenbisi Abono Asociado".

».- Art. 11 CGAU: "El cesionario conoce y acepta que el Cedente, titular de las Bicicletas propuestas en el marco del Sistema, no es el fabricante y que no es responsable de los vicios ocultos de la Bicicleta ligada a su fabricación, si bien se estará a lo dispuesto en el Código Civil".

2.- La demanda fue presentada el 5 de abril y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, fue registrada con el núm. 408/2013. Una vez admitida a trámite, se citó a las partes para la celebración del juicio.



3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia dictó sentencia de fecha 7 de febrero de 2014 , con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda interpuesta por FISCALIA PROVINCIAL DE VALENCIA, dirigida contra la mercantil, EL MOBILIARIO URBANO S.L.U., en ejercicio de una acción de cesación de condiciones generales de la contratación, debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas 5.4, 9.2 y 11 de las "Condiciones Generales de Acceso y Utilización del Sistema Valenbisi (CGAU)"; y debo condena y condeno a dicha demandada a eliminar y abstenerse de utilizar en los sucesivos, las siguientes cláusulas -ya citadas- contenidas en las "Condiciones Generales de Acceso y Utilización del Sistema Valenbisi (CGAU)":

· Art. 5.4 CGAU: "En caso de litigio sobre el periodo máximo de utilización autorizado de la bicicleta por el cesionario, prevalecerán los datos entregados por el servidor informático del cedente".

· Art. 9.2 CGAU: "Cualquier retraso en la devolución de la bicicleta superior a 24 horas (plazo contado desde la hora y fecha de alquiler registradas en el programa de gestión del sistema en el Abono Valenbisi Larga Duración, Abono Valenbisi Abonado Asociado y Abono Valenbisi Corta Duración), se considerará desaparición de la bicicleta y dará derecho a El Cedente a ejecutar la fianza establecida en el art. 3.1.3 de las presentes CGAU para los Abonados Valenbisi Larga Duración o Abonados Valenbisi Abono Asociado".

· Art. 11 CGAU: "El cesionario conoce y acepta que el Cedente, titular de las bicicletas propuestas en el marco del Sistema, no es el fabricante y que no es responsable de los vicios ocultos de la bicicleta ligada a su fabricación, si bien se estará a lo dispuesto en el Código Civil".

Estése a lo dispuesto en los Fundamentos de Derecho Sexto, Séptimo y Octavo de esta Sentencia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de El Mobiliario Urbano S.L.U.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 521/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre, cuyo fallo dispone:

«ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad MOBILIARIO URBANO SLU contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 7 de febrero de 2014 , en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad relativa a la condición 5.4 de las Condiciones Generales de Acceso y Utilización del sistema Valenbisi, y el pronunciamiento implícito de condena a la restitución de cantidad a que se refiere la remisión del fallo a los Fundamentos Sexto y Séptimo. Se mantienen los demás pronunciamientos de la resolución apelada».

3.- El Ministerio Fiscal solicitó el complemento de la anterior sentencia, por lo que la Audiencia Provincial dictó auto de fecha 5 de febrero de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar parcialmente la solicitud de complemento interesada por el Ministerio Fiscal en el sentido de precisar que las alegaciones efectuadas por el mismo al amparo del artículo 82.1 y 82.2 del RDL 1/2007 , ya habían sido valoradas en la resolución sin que haya lugar a modificar la argumentación jurídica sustentada implícitamente en tales normas, ni las consecuencias plasmadas en la parte dispositiva de la Sentencia de 22 de diciembre de 2014 .

»Se acuerda la corrección formal de los subapartados del punto 2.2 del Fundamento Jurídico Segundo de la resolución que deberán llevar la numeración 2.2.1, 2.2. y 2.2.3 respectivamente».

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

1.- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación, cuyos motivos fueron:

«Primero.- Infracción de normas. Normas aplicables que se consideran infringidas (Art. 477.1 LEC):

Art. 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación (LCGC).

Art. 82.1 RDL 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU).

Art. 82.3 LGDCU .

Art. 82.4. a) LGDCU .

Art. 85.11 LGDCU .



»Segundo.- Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 477.3 LEC)».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada, el día 22 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación n.º 521/2014, dimanante del juicio verbal nº 408/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia».

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 13 de julio de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- La compañía mercantil El Mobiliario Urbano S.L.U. es concesionaria del servicio de transporte público en bicicleta del Ayuntamiento de Valencia, mediante contrato administrativo de 15 de enero de 2010, con una duración de veinte años. Dicho servicio consiste básicamente en la puesta a disposición del público (mediante un sistema de usuarios registrados denominado «Sistema Valenbisi») de 2.500 bicicletas, estacionadas en 250 soportes colocados en las vías urbanas de la ciudad (áreas de aparcamiento y puntos de anclaje).

2.- El Mobiliario Urbano S.L.U. dispuso unas condiciones generales de acceso y utilización del sistema Valenbisi, que figuran en su página web. El único modo de inscripción en el sistema es a través de la página web de la concesionaria. Para darse de alta en el sistema, los usuarios deben aceptar dichas condiciones generales.

3.- El sistema Valenbisi tiene tres modalidades de abono: abono de larga duración (más de siete días naturales); abono de corta duración (siete días naturales o menos); y abono asociado (abono de larga duración obtenido a través de organismos o entidades concertadas).

4.- Las condiciones generales disponen que el tiempo máximo de utilización consecutiva de la bicicleta será de 24 horas. Si se sobrepasa, la empresa podrá ejecutar la fianza obligatoria que debe prestar todo usuario de corta duración (150 ?), o imponer sanciones económicas equivalentes para el resto de abonados; así como acordar la baja temporal o definitiva del sistema.

5.- En particular, en lo que ahora importa, son resaltables las siguientes condiciones generales:

«a) Art. 5.4: "En caso de litigio sobre el periodo máximo de utilización autorizada de la bicicleta por el cesionario, prevalecerán los datos entregados por el servidor informático del cedente".

»b) Art. 9.2: "Cualquier retraso en la devolución de la bicicleta superior a 24 horas (plazo contado desde la hora y la fecha de alquiler registradas en el programa de gestión del sistema en el Abono Valenbisi de Larga Duración, Abono Valenbisi Abonado Asociado y Abono Valenbisi Corta Duración), se considerará desaparición de la bicicleta y dará derecho al cedente a ejecutar la fianza establecida en el art. 3.1.3 de las presentes CGAU para los Abonados Valenbisi Corta Duración o llevar a efecto las sanciones establecidas en el art. 12 de las presentes CGAU para los Abonados Valenbisi Larga Duración o Abonados Valenbisi Abono Asociado".

»c) Art. 11: "El cesionario conoce y acepta y acepta que el cedente, titular de las bicicletas propuestas en el marco del Sistema, no es el fabricante y que no es responsable de los vicios ocultos de la bicicleta ligada a su fabricación, si bien se estará a lo dispuesto en el Código Civil"».

6.- El Ministerio Fiscal interpuso demanda contra la entidad predisponente, en la que solicitó la nulidad de las tres cláusulas transcritas, que fue declarada por la sentencia de primera instancia, que ordenó su eliminación y prohibió su uso en lo sucesivo.

7.- Recurrida en apelación la sentencia por la empresa demandada, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y dejó sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula 5.4.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad*



1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3 ° y 3 LEC , en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se basa en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y los arts. 82.1 , 82.3 , 82.4 a) y 85.11 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU).

Se citan como infringidas las sentencias de esta sala 638/2014, de 24 de noviembre ; 213/2014, de 21 de abril ; 214/2014, de 15 de abril ; y 241/2013, de 9 de mayo .

2.- En su desarrollo se argumenta, resumidamente, que el control de abusividad realizado por la sentencia recurrida sobre la cláusula 5.4 del condicionado general litigioso no se ajusta al modo, momento y elementos específicos a tener en cuenta en contratos no negociados individualmente con **consumidores**, porque: (i) No se aprecia la inferioridad del **consumidor** en la contratación tanto en la capacidad de negociación como en el nivel de información; (ii) Se realiza un control de abusividad genérico, sin analizar si la cláusula controvertida resulta subsumible en los supuestos que la ley considera abusivos en todo caso (arts. 82.4 a y 85.11 TRLGCU), y subsidiariamente, en la cláusula general (art. 82.1 del mismo texto legal); (iii) No se tienen en cuenta los elementos que, conforme a la jurisprudencia, deben analizarse para apreciar la abusividad: naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y relación con las demás cláusulas del contrato.

El Ministerio Fiscal considera que la Audiencia Provincial yerra en el juicio de abusividad, porque la cláusula 5.4 de las condiciones generales es encuadrable en los supuestos de los arts. 82.4 a) y 85.11 TRLGCU, ya que vincula el contrato a la voluntad de la empresa predisponente, al concederle el derecho a determinar si el servicio se ajusta o no a lo estipulado en cuanto al plazo máximo de utilización de la bicicleta; establece una presunción a favor del predisponente basado en datos informáticos de los que únicamente él dispone; obliga al usuario a probar que tales datos informáticos son erróneos, pese a no tener disponibilidad sobre ellos, lo que hace imposible dicha prueba.

3.- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso de casación, se opone a su admisión, al considerar que no se justifica el interés casacional.

Dicha objeción no puede ser atendida. El recurso, en su único motivo, identifica de forma precisa las normas legales que considera infringidas por la sentencia recurrida. Y el interés casacional se encuentra justificado, *prima facie* , por la cita de las sentencias de este Tribunal Supremo que se consideran vulneradas. Cosa distinta es que dicha jurisprudencia no se considere aplicable o que, tras el análisis del recurso, no se estime vulnerada. Pero tales cuestiones son ajenas a la admisibilidad del recurso y atañen a la posibilidad de que prospere, lo que exige su resolución.

Ahora bien, debe aclararse que el examen del recurso de casación debe ceñirse al apartado de la cláusula 5.4 del condicionado general que establece que «En caso de litigio sobre el periodo máximo de utilización autorizada de la bicicleta por el cesionario, prevalecerán los datos entregados por el servidor informático del cedente», que es donde concreta realmente el Ministerio Público su discrepancia con la sentencia recurrida (vid. el suplico de su escrito de interposición del recurso).

TERCERO.- Cláusulas abusivas en contratos con **consumidores que vinculan el contrato a la voluntad del empresario**

1.- La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los **consumidores**, no contenía un listado de cláusulas que se considerasen en todo caso abusivas, sino que en un anexo, al que se remite el art. 3.3 , recogía una lista, indicativa y no exhaustiva, de cláusulas que podían ser declaradas abusivas. A su vez, aunque la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los **consumidores**, de la Comisión Europea, de 8 de octubre de 2008, sí estableció dos anexos [Anexo II: Cláusulas contractuales que se consideran abusivas en cualquier circunstancia (que se conoció doctrinalmente como lista negra); y Anexo III: Cláusulas contractuales presuntamente abusivas (que se divulgó como lista gris)], el texto definitivo de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011, no incorporó tales anexos, sino que se limitó a modificar la Directiva 93/13/CEE y mantuvo el sistema de lista enunciativa, delegando en los Estados miembros la posibilidad de imponer un mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas.

En nuestro derecho interno, el legislador optó por un sistema de lista única, pero no cerrada (llamado vulgarmente de lista negra), contenido en los arts. 85 a 90 TRLGCU, que establece que las cláusulas contenidas en tales preceptos tienen la consideración de abusivas en todo caso (art. 82.4). Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva 93/13/CEE , por su carácter de norma de mínimos, como se desprende de su art. 8, y ha sido afirmado por la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 .



2.- El mencionado art. 82.4 a) TRLGCU establece que serán abusivas en todo caso las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario. Y el art. 85.11 de la misma Ley califica como abusivas las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato. Es decir, si tomamos como referencia la dicción del apartado 1 de la letra m) del Anexo de la Directiva, la estipulación será abusiva cuando el predisponente se arroge la facultad de interpretar el ajuste de su prestación, o de la del **consumidor**, a lo estipulado en el contrato.

Ya dijimos en las sentencias 214/2014, de 15 de abril, y 1/2016, de 21 de enero, que es más adecuado metodológicamente analizar si la cláusula se encuadra en alguno de los supuestos tipificados como abusivos en todo caso y solo examinar su abusividad con carácter general de manera subsidiaria.

El art. 85.11 TRLGCU tiene una evidente conexión con el art. 1256 CC, así como con los arts. 1091 y 1115 del mismo Código. El riesgo de arbitrariedad sobre la apreciación del cumplimiento se une a la disminución de la tutela de la contraparte en caso de falta de conformidad, por lo que este precepto enlaza con los arts. 86 (cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del **consumidor** y usuario) y 87 (cláusulas abusivas por falta de reciprocidad) del mismo TRLGCU.

3.- La sentencia recurrida no considera que la cláusula debatida imponga al usuario una obligación cuyo cumplimiento quede al arbitrio del empresario, sino que aprecia que se enmarca en el ámbito de los mecanismos de acreditación fáctica -en concreto, del período máximo de utilización autorizada de la bicicleta-, a modo de presunción *iuris tantum*, en caso de litigio entre las partes. Y razona:

«La condición general controvertida implica una presunción de certeza del contenido de los datos dimanantes del sistema informático susceptible de prueba en contrario y no supone, por ello, y en relación al proceso, infracción de los principios procesales a que se refiere el magistrado "a quo": No merma el derecho de los litigantes a efectuar las alegaciones que estimen oportunas en ataque y defensa, ni la facultad de aportar los medios de prueba de que intenten valerse y en concreto no excluye la posibilidad de destruir la presunción contemplada en la condición transcrita mediante la negación de la posibilidad de prueba en contrario. Y de cualquier medio de prueba, y entre ella la documental -como se indicará seguidamente- o la técnica, para contrastar el correcto funcionamiento del sistema.

»La expresada condición no puede examinarse o valorarse de forma descontextualizada cuando en el propio pliego de condiciones se facilitan al usuario mecanismos de comprobación y acreditación, pues amén de la indicación sonora de confirmación del correcto anclaje y registro de devolución de la bicicleta, el usuario puede "imprimir un recibo de trayecto en las ADA/s habilitadas al efecto, como comprobante de la devolución de la Bicicleta, pasando su Abono Valenbisi de Larga Duración o Abono Valenbisi Abonado Asociado en el lector de tarjetas o bien identificándose como "abonado Valenbisi Corta Duración y validando la opción correspondiente en el menú que aparece en la pantalla del TAS". A lo que se añade la posibilidad de comprobación en la página web con su código de usuario e impresión del correspondiente tique de trayecto».

La condición general discutida no impone en todo caso y sin posibilidad de contradicción que el único modo de acreditar el tiempo de uso de la bicicleta sea el que conste en el servidor informático. En su redacción utiliza el verbo «prevalecer», que no significa dominio o imposición, sino -según el diccionario de la RAE-, superioridad o ventaja. Es decir, en principio se da valor a lo que resulte del sistema informático, lo que en sí mismo no tiene por qué resultar abusivo, dadas las dificultades objetivas para probar el tiempo de uso si se prescinde de los datos del punto de recogida y del punto de devolución; pero no se impide que se puedan utilizar otros medios de prueba. En primer lugar, los previstos en el propio condicionado general (impresión del recibo de trayecto, banda magnética de la tarjeta de usuario...), y en último término, todos los previstos en la Ley. Es decir, a lo sumo, la cláusula establece una presunción, pero no más; y dicha presunción puede ser desvirtuada.

Dado que para apreciar la abusividad de una cláusula debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, en este caso, la naturaleza del servicio (préstamo de bicicletas situadas en distintos puntos de anclaje controlados por un sistema informático) determina que la prueba más sencilla del tiempo de uso de la bicicleta sea la que resulte del mencionado sistema informático; lo que explica la prevalencia concedida en la condición general.

4.- Es decir, al interpretar la condición general en su contexto, la Audiencia concluye que el **consumidor** sí tiene la posibilidad, prevista en el propio contrato, de contrastar la información que proviene de los sistemas técnicos de la compañía predisponente, puesto que, una vez anclada la bicicleta, puede obtener un justificante del trayecto recorrido, o consultar sus trayectos en la tarjeta de usuario. En consecuencia, si se interpreta la cláusula controvertida en conjunto con el resto del condicionado general, tal y como hace la Audiencia Provincial, no queda al arbitrio del predisponente la determinación del cumplimiento o incumplimiento del contrato, puesto que no se impone un medio de prueba inobjetable o inatacable por el **consumidor**.



Lo que excluye la abusividad, tanto por aplicación del art. 85.11, como del art. 82.4, ambos del TRLGCU. Sin que quepa apreciar que la Audiencia Provincial, al llegar a dicha conclusión, haya vulnerado los preceptos citados, ni infringido la jurisprudencia de esta sala. Al contrario, hace un correcto análisis desde la perspectiva de la legislación de protección de los **consumidores**, por lo que el recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas

Pese la desestimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, al ser el recurrente el Ministerio Fiscal, conforme previene el art. 394.4 LEC , al que se remite el art. 398 de la misma Ley .

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia núm. 366/2014, de 22 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª), en el Rollo de Apelación núm. 521/2014 . 2.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.