Roj: **STS 182/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:182**

Id Cendoj: **28079110012018100041**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **29/01/2018**
Nº de Recurso: **1934/2015**
Nº de Resolución: **43/2018**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

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

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 43/2018

Fecha de sentencia: 29/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1934/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ASTURIAS. SECC. 1.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1934/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 43/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 29 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos

ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo. El recurso fue interpuesto por Elena , representada por la procuradora Amalia del Gado Cid y bajo la dirección letrada de Manuel Pérez Peña. Es parte recurrida la entidad Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de Juan Barthe Marco.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Noelia Alonso Corao, en nombre y representación de Elena , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, contra la entidad Banco Popular Español, S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que: 1) Declare la nulidad de la cláusula sita en el folio 2 de las escrituras donde se recoge una cláusula 4. Límites de variabilidad del tipo de interés que establece lo siguiente: "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 4,300% nominal anual ni superior al 12,500% nominal anual".

2) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2. El procurador Salvador Suárez Saro, en representación de la entidad Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, absolviendo a Banco Popular Español S.A., con expresa imposición de costas a la parte demandante».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Elena (sic) frente a Banco Popular Español, S.A. se declara la nulidad de la cláusula Tercera bis) 4.ª del contrato suscrito entre las partes el 8 de marzo de 2007 en la que se establecen los límites de variación del tipo de interés entre un máximo de 12,500% y un mínimo del 4,300%. Se imponen las costas a la parte demandada».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Popular Español S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante sentencia de 15 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando el recurso de apelación formulado por "Banco Popular S.A." contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Juicio Ordinario 178/2014, debemos acordar y acordamos revocarla para en su lugar declarar no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados por la actora Doña Elena , todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia». **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Noelia Corao Alonso, en representación de Elena , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1 , 5 y 7 LCGC , arts. 3.2 y 4.2 Directiva 14/1993 , art. 10.1 a) LCU , art. 82 LGDCU, OM mayo de 1994 y art. 48.2 Ley 41/2007 ».

2. Por diligencia de ordenación de 17 de junio de 2015, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.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 Elena , representada por la procuradora Amalia del Gado Cid; 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 25 de octubre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Elena contra la sentencia dictada, el día 15 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 3/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 178/2014, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo».

5. Dado traslado, la representación 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 17 de enero de 2018, 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 8 de marzo de 2007, Elena concertó con Banco Popular Español, S.A. un contrato de préstamo hipotecario de 96.000 euros. El interés pactado era fijo del 4,500% durante el primer año, y a partir de entonces era variable, resultado de aplicar un diferencial del 1,250% al interés de referencia, que era el Euribor a un año.

El contrato contenía la cláusula «TERCERA BIS 4», con el siguiente tenor literal:

«LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE. Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al CUATRO CON TRESCIENTOS POR CIENTO (4,300%) nominal anual ni superior al DOCE CON QUINIENTOS POR CIENTO (12,500%) nominal anual». Durante los nueve primeros meses de la segunda anualidad, el interés variable fue siempre superior al límite inferior pactado, por lo que no resultó de aplicación la cláusula suelo. Fue después cuando el interés de referencia bajó drásticamente, y el banco aplicó el límite inferior del 4,300%.

2. Elena interpuso una demanda contra Banco Popular, en la que pedía la nulidad de la reseñada cláusula (suelo y techo), por abusiva y falta de trasparencia.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció la falta de trasparencia de dicha cláusula suelo y su abusividad, y declaró la nulidad de la cláusula «TERCERA BIS 4».

4. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estima el recurso y absuelve al banco demandado. La sentencia de apelación entiende que la ubicación de la cláusula cuestionada, en «un apartado individualizado» y la forma en que está redactada (la rúbrica en negrita y lo relevante del texto también destacado en negrita), «hace que la impresión de la repetida cláusula aparezca revestida de los elementos gráficos suficientes para que pueda ser conocida por el consumidor y consecuentemente tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual». Luego añade que a la vista de la evolución del Euribor, en los nueve primeros meses el interés variable fue superior al suelo convenido, sin que este se comportara como interés fijo, lo que «posibilita que el contrato se desenvuelva como un préstamo sujeto a interés variable durante los 9 primeros meses de vida».

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo* . El motivo se ampara en la infracción, entre otras normas, del art. 4.2 Directiva 13/1993 y el art. 82 LGDCU , y denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el control de trasparencia de las cláusulas introducidas en contratos con consumidores, que se refieran a elementos esenciales del contrato. Entre otras cuestiones, el recurso llama la atención de que la Audiencia centra su enjuiciamiento únicamente en la presentación formal de la cláusula, y no toma en consideración la ausencia de información previa.

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

2. *Estimación del motivo primero* . Se estima el motivo en lo que respecta a la infracción de la jurisprudencia sobre el control de trasparencia y las exigencias que conlleva, entre las que se encuentra la información precontractual.

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 trasparencia 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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 trasparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler), 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».

3. Para llevar a cabo el control de trasparencia, resulta muy importante no perder de vista su razón de ser, tal y como lo afirma 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 trasparencia, 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 trasparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

Esta información precontractual es especialmente relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para buscar otro tipo de financiación, con la misma o con otra entidad, sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. Bastaba que se acreditara que la información contenida en la cláusula «TERCERA bis» le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo. Como en nuestro caso no consta que hubiera existido esta información precontractual, que es algo más que poner a disposición de los prestatarios el borrador de la escritura pública de préstamo hipotecario, la sentencia recurrida ha infringido la reseñada jurisprudencia sobre el contenido y alcance del control de trasparencia de este tipo de cláusulas, y por ello la casamos y confirmamos 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).

F A L L O

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Elena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 15 de mayo de 2015 (rollo 3/2015), 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. 2 de Oviedo de 3 de noviembre de 2014 (juicio ordinario núm. 178/2014).

3.º- No hacer expresa condena de las costas de casación, e imponer las de apelación a la parte apelante.

4.º- Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ