



Roj: **STS 4065/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4065**

Id Cendoj: **28079110012017100582**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **189/2015**

Nº de Resolución: **614/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo. El recurso fue interpuesto por como parte recurrente Jose Enrique y Dña. María Cristina , representados por el procurador Joaquín Ignacio Álvarez García y asistida por el letrado Diego Arbesú García. Es como parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y asistida por el letrado Juan Barthe Marco.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Joaquín Álvarez García, en nombre y representación de Jose Enrique y María Cristina , 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:

«en la que: 1.- Se declare la nulidad de la estipulación cuarta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 15 de marzo de 2007; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4,3% y de techo del 12,50%, fijados en aquella.

»2.- Se condena a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la vigencia del contrato y la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se hubiesen abonado durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 4,3%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 1,25 puntos.

»Todo ello, con expresa imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada».

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 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 27 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Jose Enrique y María Cristina frente a Banco Popular se declara la nulidad de la estipulación cuarta del contrato suscrito entre las partes con fecha



de 15 de marzo de 2007 y se condena a la demandada al abono de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula más aquellas que por aplicación de la cláusula declarada nula se devenguen durante la tramitación del procedimiento, las cuales se determinarán en ejecución de sentencia. 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 18 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español SA revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda rectora del proceso interpuesta por D. Jose Enrique y Dña. María Cristina , sin imposición de costas de ninguna de las instancias del proceso».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Joaquín Álvarez García, en representación de Jose Enrique y María Cristina , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 5 de la Directiva 93/13 , arts 5 y 7 LCGC y art. 80 TRLGDUC».

2. Por diligencia de ordenación de 16 de enero de 2015, la Audiencia Provincial de Oviedo, 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 Jose Enrique y Dña. María Cristina , representados por el procurador Joaquín Ignacio Álvarez García; 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 28 de junio de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Enrique y D.ª María Cristina contra la sentencia dictada, el día 18 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 244/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 263/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo».

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 26 de octubre 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.

Jose Enrique y María Cristina concertaron con Banco Pastor, S.A. (luego, Banco Popular Español, S.A.) un préstamo hipotecario el 15 de marzo de 2007, por un importe de 160.000 euros. Su amortización se convino que fuera realizada mediante 420 cuotas mensuales. El tipo de interés era variable, con un diferencial de 1,25 puntos porcentuales. En la misma cláusula tercera bis, dedicada al interés variable, se contiene un apartado sobre la reducción del diferencial si se cumplían una serie de circunstancias, otro sobre el tipo de interés sustitutivo, y otro que, bajo la rúbrica «límites de variabilidad del tipo de interés», contiene la siguiente previsión:

«Las partes acuerdan que, a efectos obligaciones, el tipo resultante de la previsión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,300% nominal anual ni superior al 12,500% nominal anual».

Jose Enrique y María Cristina presentaron una demanda en la que pedían que se declarara la nulidad de la anterior cláusula, que contenía un suelo y un techo, por ser abusiva, y que se condenara al banco a restituir las cantidades que hubiera cobrado en exceso como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula.



2. La sentencia de primera instancia, en primer lugar, entendió que la reseñada cláusula no había sido negociada individualmente, sino que había sido predispuesta por el banco. También apreció que no había quedado acreditado que los prestatarios hubieran sido informados previamente a la firma del contrato del contenido y el alcance de la cláusula. Y añadió que la cláusula suelo era desproporcionada, en cuanto que establecía un suelo muy alto (4,30%) y un techo también muy alto (12,50%), lo que sólo podía beneficiar al banco, reduciendo mucho la variabilidad del interés, y haciendo casi inútil la previsión del techo.

El juzgado de primera instancia, además de declarar la nulidad de la cláusula suelo y techo, condenó al banco demandado a restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula declarada nula.

3. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda.

La sentencia de apelación parte de la consideración de que la cláusula no había sido negociada, sino predispuesta por el banco. Luego realiza el juicio de transparencia y concluye que en este caso «el contratante sí tuvo oportunidad de conocer tanto la carga económica de lo convenido, la onerosidad de la prestación asumida, como la carga jurídica, su posición en la asignación de los riesgos durante el desarrollo de la relación».

Para llegar a esta conclusión se basa primero en que, de acuerdo con la presunción de veracidad de la escritura notarial, «el proyecto de escritura estuvo a disposición del contratante los tres días hábiles inmediatamente anteriores a su otorgamiento...». Y luego añade:

«no se aprecia el supuesto particular de falta de transparencia que contempló el Auto de 3 de junio de aclaración de la STS de 9 de mayo, la creación de la apariencia de un préstamo a interés variable cuando la evolución previsible para el profesional del índice de referencia era la de su conversión a corto o medio plazo en un tipo mínimo fijo, variable solo al alza, toda (vez) que convenido un tipo de interés total configurado por el índice euribor a un año más 1,250 puntos, la previsión en marzo de 2007 al contratar suponía un total de 5.35 puntos que resultaron 5.95 en la primera revisión en septiembre de 2007, tipo alejado del mínimo estipulado de 4,30, nivel "suelo" que al no ser elevado no excluía razonablemente la previsión de que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo».

4. La sentencia es recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de un único motivo, pues el que se denomina motivo segundo, en realidad es una justificación del interés casacional.

En este caso concreto, en que existe una jurisprudencia muy amplia sobre el control de transparencia y la nulidad de las cláusulas como consecuencia de la infracción de los deberes de transparencia, la cita, como infringida, de una sola sentencia del Tribunal Supremo se considera suficiente para acreditar el interés casacional. Razón por la cual debe ser rechazada la objeción planteada al comienzo de su escrito de oposición al recurso por parte de la entidad demandada, ahora recurrida.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo* . Se funda en la «infracción de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13 , así como de los artículos 5 y 7 de la LCGC y del artículo 80 del TRLGDCU, por aplicación indebida».

En el desarrollo del motivo se denuncia que en la sentencia recurrida se acepte, bajo la presunción *iuris tantum* de veracidad, que los demandantes prestatarios habían podido informarse al quedar la escritura a su disposición tres días antes de su firma, cuando lo realmente relevante es que no se haya acreditado que los demandantes hubieran sido informados del contenido y el alcance de la cláusula suelo.

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

2. *Estimación del motivo* . De la argumentación empleada por la sentencia de apelación se infiere una concepción de las exigencias que entrañan los deberes de transparencia, en un caso como este, que no se acomoda a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de esta Sala Primera del Tribunal Supremo.

Como recuerda la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler), «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (ap. 71), sino que «esa exigencia debe entenderse de manera extensiva» (ap 72). Debe haberse explicado de forma clara y comprensible el contenido de la cláusula y su alcance, en este caso que la cláusula suelo va a mediatizar el efecto del interés variable pactado y qué repercusiones concretas podría tener sobre el coste de la amortización del préstamo.

De hecho, el Tribunal de Justicia ha llegado a entender comprendido en estos deberes de transparencia, que el consumidor disponga, «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)», tal y como recordaba recientemente la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo). Esta misma sentencia concluía:

«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».

Este deber de poner a disposición del consumidor la información relativa a la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en la determinación del interés, en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable, no puede quedar reducida a que los prestatarios puedan acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos a su firma. No cabe cuestionar que la minuta o proyecto de escritura hubiera estado a disposición de los prestatarios tres días antes de la firma del contrato, sino si esto colma los deberes de transparencia.

Como hemos explicado en otras ocasiones, estos deberes imponen algo más. En nuestra sentencia 593/2017, de 7 de noviembre , que cita la sentencia anterior 367/2017, de 8 de junio, explicamos el sentido y el alcance de esta exigencia de transparencia cuando, como es el caso, se trata de una cláusula (suelo) que afecta a un elemento esencial del contrato (el interés remuneratorio del préstamo):

«A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

Esta información, en estos casos, ha de ser precontractual. En este sentido se ha pronunciado La STJUE de 21 de marzo de 2013 (caso RWE Vertrieb), al referirse al control de transparencia:

«44. En efecto, 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».

Como recordamos en la sentencia 593/2017, de 7 de noviembre , «la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato».

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 las sentencias 367/2017, de 8 de junio , y 593/2017, de 7 de noviembre , 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.

En nuestro caso no consta que hubiera existido esta información que, como hemos visto, es algo más que poner a disposición de los prestatarios el borrador de la escritura pública de préstamo hipotecario. Razón por la cual procede casar la sentencia de 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, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por Jose Enrique y María Cristina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 18 de noviembre de 2014 (rollo núm. 244/2014), que casamos y dejamos sin efecto. 2º 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 27 de marzo de 2014 (juicio ordinario 263/2013). 3º 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ