



Roj: **STS 3977/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3977**

Id Cendoj: **28079110012018100656**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **1290/2016**

Nº de Resolución: **673/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 673/2018**

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1290/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1290/2016

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. 673/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia. Los



recursos fueron interpuestos por Conrado , representado por la procuradora María del Mar Gómez Rodríguez y bajo la dirección letrada de Francisco Rigabert Montiel. 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. La procuradora Nuria Carrasco Martínez, en nombre y representación de Conrado , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, contra la entidad Banco Popular Español, S.A., para que dictase sentencia por la que:

"estimando íntegramente la demanda, acuerde:

"1.- Declarar la nulidad, por abusiva, de la denominada "cláusula suelo", que se recoge en la escritura pública de préstamo hipotecario de la que se derive la presente demanda, suscrito por don Conrado y el Banco Pastor, S.A., hoy Banco Popular Español, S.A., descrita en el hecho segundo de esta demanda, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

"2.- Condenar al Banco Popular Español S.A. a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases explicadas en el hecho tercero de la presente demanda, más el interés legal desde la fecha que se le declare incurso en mora.

"3.- Condenar a la demanda al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2. La procuradora Gemma Pérez Haya, en representación de la entidad Banco Popular S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Banco Popular 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. 2 de Murcia dictó sentencia con fecha 21 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimo la demanda interpuesta por el procurador Sra. Carrasco en nombre de Conrado absolviendo a Banco Popular Español S.A. de los pedimentos formulados.

"Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Conrado .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, mediante sentencia de 21 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que debemos desestimar el recurso de apelación formulado por Conrado contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia en el Juicio Ordinario nº 521/2013, y debemos confirmar íntegramente la misma, con imposición de las costas causadas en esta alzada al apelante.

"Procédase a la devolución del depósito para recurrir".

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

1. La procuradora Nuria Carrasco Martínez, en representación de Conrado , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del art. 217 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE y el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios.



"2º) Infracción del art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE y el art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios en relación con el art. 9 del Texto Refundido de la Ley General y jurisprudencia que lo desarrolla.

"3º) Infracción del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE".

2. Por diligencia de ordenación de 19 de abril de 2016, la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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, comparece como parte recurrente Conrado , representado por la procuradora María del Mar Gómez Rodríguez; 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 13 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D. Conrado contra la sentencia dictada, el día 21 de enero de 2016, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 1000/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 521/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Popular Español S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados 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 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 13 de noviembre de 2006, Banco Popular concertó un préstamo hipotecario con Conrado . Se convino un interés variable, Euribor más un diferencial de 1,25%. Y respecto de este interés variable, la escritura contenía una cláusula, la Tercera 4, que establecía unos límites a la variación del tipo de interés aplicable, un suelo del 4,1% y un techo del 12,5%.

2. Conrado interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento en la que pedía la nulidad de la reseñada cláusula suelo porque había sido introducida en la escritura con falta de transparencia, e invocaba la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

No obstante, la propia demanda aducía lo siguiente:

"(D)urante 24 mensualidades el Banco no aplica la cláusula suelo a mi representado; y no la aplica porque mi patrocinado pactó verbalmente con el director de la sucursal bancaria su no aplicación durante toda la vida del préstamo. Es más si no hubiera existido tal pacto mi mandante jamás hubiese contratado este préstamo, ya que tenía otra oferta de CAJAMURCIA que le hubiese salido mejor".

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al apreciar que esta alegación suponía reconocer que conocía de la existencia de la cláusula suelo, lo que excluye en la práctica la falta de transparencia. Añade que en todo caso, si lo que había era un pacto de que no se aplicara, podía haberse pretendido su cumplimiento pero no la nulidad de la cláusula por falta de transparencia.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. Frente a las alegaciones del recurrente, razona que la referencia al pacto entre las partes no afecta a la introducción de la cláusula suelo, sino a que esta no se aplicara, lo que tiene un reflejo en el juicio sobre falta de transparencia, ya que la existencia del pacto de no aplicación pone de relieve que se conocía la existencia de la cláusula.

La sentencia recurrida remarca que este pacto de no aplicación de la cláusula suelo se hizo al contratar el préstamo, pues el propio demandante aduce que de no haber existido no lo hubiera contratado, ya que tenía otras ofertas. Lo que pone en evidencia que fue informado de la existencia de la cláusula suelo y que pudo evaluar sus consecuencias económicas y jurídicas. E insiste la Audiencia en que no se ejercita la acción derivada del incumplimiento del reseñado pacto verbal, sino la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia.



5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

**SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo.* El motivo se formula al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, y denuncia la "infracción del art. 217 LEC en cuanto a la aplicación de las reglas de la distribución del onus probandi".

En el desarrollo del motivo aduce lo siguiente:

"Tal y como se desprende de la sentencia dictada en este proceso, no hay prueba alguna que explique y justifique las razones excepcionales que permitan afirma(r) que la cláusula suelo se negoció con mi defendido, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y no hay prueba alguna que demuestre la existencia de tal negociación y las contrapartidas que este concreto consumidor obtuvo por la inserción de la cláusula suelo que favorece la posición de la entidad Banco Popular".

2. *Desestimación del motivo.* Procede desestimar el motivo porque la sentencia recurrida no ha aplicado las reglas de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC para concluir que las partes pactaron la cláusula suelo.

Como hemos afirmado en otras ocasiones, "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria" ( sentencias 333/2012, de 18 de mayo, y 26/2017, de 18 de enero).

La sentencia entiende acreditado que el demandante conocía la existencia de la cláusula suelo y sus consecuencias, a partir de las propias alegaciones contenidas en la demanda, y sin hacer uso de las reglas del art. 217 LEC. Razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia, no cabe apreciar la infracción de este precepto.

**TERCERO.** *Recurso de casación*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* El motivo primero denuncia "la infracción del artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE y el artículo 82.1 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios que establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión, y la doctrina jurisprudencial en interpretación de dichos preceptos recogida en la STS 265/2015, de 22 de abril".

El motivo segundo denuncia la "infracción del artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE y el artículo 82.2 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, en relación con el art. 9 del mismo texto legal (que engloba los servicios bancarios que utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación)", y la jurisprudencia que lo desarrolla.

En el desarrollo del motivo se aduce que "para que la cláusula suelo cuya nulidad se pidió quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario".

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* En ambos motivos el recurrente incurre en la falacia denominada petición de principio. Denuncia que la sentencia recurrida haya apreciado indebidamente que la cláusula suelo fue negociada individualmente y por ello quedaba fuera del control de abusividad, cuando la razón de la desestimación de la demanda no es esta, sino que a la vista de lo alegado en la propia demanda se entiende acreditado que el demandante, al tiempo de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, conocía la existencia de la cláusula suelo y sus consecuencias, de lo que la sentencia recurrida infiere que se cumplieron las exigencias de transparencia.

3. *Formulación del motivo tercero.* El motivo denuncia la "infracción del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE y la jurisprudencia contenida en las SSTs 1916/2013, 138/2015, 139/2015 y 265/2015", al no haber apreciado en este caso el incumplimiento de las exigencias de transparencia.

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

**4. Desestimación del motivo tercero.** La sentencia recurrida se acomoda a la jurisprudencia establecida tras la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores (entre ellas, la 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), según la cual el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, en cuanto permite el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

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 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 expusimos 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".

6. La sentencia recurrida se acomoda a esta doctrina. A la vista de lo que aducía el propio demandante en su demanda, entiende acreditado que antes de concertar el contrato conocía de la existencia de la cláusula suelo y de todas sus implicaciones en la vida del contrato, razón por la cual afirma que pactó con el director de la sucursal que no se le aplicara durante toda la vida del contrato. Es lógico que si el demandante afirma que de no haber sido por este acuerdo verbal con el banco, no hubiera perfeccionado el contrato de préstamo hipotecario con la demandada, ya que tenía otras ofertas más ventajosas, tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia concluyan que por lo que se refiere al juicio de transparencia, el cliente conocía la existencia de la cláusula suelo y sus efectos en la economía del contrato (cómo afectaba a una eventual bajada de los tipos de interés de referencia). Lo que no contradice la reseñada jurisprudencia.

Como muy bien apunta la sentencia recurrida, es una cuestión ajena o distinta a la controvertida en este procedimiento, lo relativo al incumplimiento del alegado pacto verbal.

#### **CUARTO. Costas**

Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas a la parte recurrente ( 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 Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Conrado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª) de 21 de enero de 2016 (rollo núm. 1000/2015), que resolvió la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 21 de septiembre de 2015 (juicio ordinario 521/2013).

2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Conrado contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª) de 21 de enero de 2016 (rollo núm. 1000/2015).

3.º Imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal con pérdida de los depósitos constituidos 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.