



Roj: **STS 2245/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2245**

Id Cendoj: **28079110012019100377**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2019**

Nº de Recurso: **3353/2016**

Nº de Resolución: **379/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1569/2016,**
STS 2245/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 379/2019

Fecha de sentencia: 01/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3353/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3353/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 379/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 1 de julio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 72/15 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 461/16, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. José Portela Leiros en nombre y representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Javier González Fernández en calidad de recurrente, sin que conste comparecido el recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.ª María Susana Tomás Abal en nombre y representación de D. Abelardo, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Novagalicia Banco S.A., bajo la dirección letrada de D. D.ª Paula Amoedo Castro y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1.- Se declare la nulidad por ser abusiva de la **cláusula** sobre intereses establecida en la póliza de crédito a interés fijo firmado el 18-02-09 así como la del vencimiento anticipado. Y por ello a eliminar dicha **cláusula** del contrato.

"2.- Subsidiariamente solicito la revisión o moderación o potestad moderadora del juez para que rebaje el tipo de interés aplicado en dicho contrato si así lo estima oportuno así como también para la declaración de más **cláusulas** del contrato como **abusivas** si así lo estima oportuno y también a los intereses.

"Todo ello con expresa imposición de las costas causadas al demandado".

SEGUNDO .- El procurador don José Portela Leiros, en nombre y representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D.ª Carmen Campos Baz y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

" a) desestime íntegramente la demanda de adverso.

" b) alternativamente, acuerde el sobreseimiento del presente procedimiento por razón de los efectos de cosa juzgada material en relación a los autos de ejecución citados en la presente contestación.

" c) En todos los casos, con expresa imposición de costas a la parte adversa".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales D.ª Susana Tomás Abal, en nombre y representación de don Abelardo, debo absolver y absuelvo a Abanca Corporación Bancaria S.A. de las pretensiones deducidas en su contra. Las costas procesales e imponen a la demandante".

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Tomás Abal, en nombre y representación de D. Abelardo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y, en consecuencia, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Abelardo contra la entidad NCG Banco S,A, representada por el procurador Sr. Portela Leirós, debemos acordar y acordamos:

"1.º Declarar la nulidad, por abusiva, de la **cláusula** de intereses de demora incorporada en la póliza de crédito formalizada entre las partes y por la que se fijan unos intereses de demora al tipo del 25% anual.

"2.º Condenar la demandada a estar y pasar por esta resolución, recalcular la liquidación practicada, sustituyendo los intereses de demora aplicados de acuerdo con la **cláusula** declarada nula por el interés remunerado pactado.

"Cada parte deberá abonar las cosas causadas por su intervención en ambas alzadas".



QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria S.A., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en los siguientes términos: Primero.- Art. 469.1.1.º LEC , la sentencia recurrida resuelve sobre la pretensión para cuyo conocimiento carece de competencia objetiva, art. 45.1 LEC , 85.1 LOPJ y 86 Ter 2.D) LOPJ . Segundo.- Art. 469.1.2.º LEC , la sentencia recurrida infringe el principio de justicia rogada, art. 216 LEC y el deber de congruencia, art. 218.2 LEC de las sentencias. Tercero.- Art. 469.1.4.º LEC y vulneración del art. 24 CE , al infringir el principio de contradicción art. 456.1 LEC y art. 412.1 LEC . Cuarto.- Art. 469.1.2.º LEC , art. 218.2 LEC y 24 CE . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos. Primero.- Art. 1108 y 1154 CC y jurisprudencia del Tribunal Supremo. Segundo.- Art. 1255 y 1258 CC y art. 82.1 LCU. Tercero.- Art. 4.1 CC y art. 82 LCU y arts. 1255 y 1258 CC . Cuarto.- Infracción arts. 1258 CC y arts. 9.2 y 10.2 LCGC.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de enero de 2019 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días, sin que conste escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de mayo del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. El 18 de febrero de 2009, D. Abelardo , en su condición de fiador solidario, y como administrador único de la sociedad Negociador Servicios de Mediación S.L., suscribió una póliza de crédito a interés fijo con la entidad Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra (más tarde NCG Banco S.A. y en la actualidad Abanca S.A.), con un límite inicial de crédito de 24.000 € y vencimiento el 18 de febrero de 2010.

2. Entre las condiciones de la citada póliza, se contenían las siguientes:

"[...]Quinta.-INTERESES:

"a) El saldo deudor devengará a favor de Caixanova intereses día a día, con arreglo a las normas de valoración pactadas, que se liquidarán agrupadas por periodos, coincidentes con los mencionados en el recuadro 12 [Trimestrales naturales], acumulándose al capital su adeudo en esta cuenta de crédito. Los intereses correspondientes al primer período, se pagarán en la fecha especificada en el recuadro 13; los correspondientes a períodos sucesivos, el día de liquidación coincidirá con el indicando en dicho recuadro para el período correspondiente...

"b) El cálculo de intereses se efectuará multiplicando el saldo deudor medio del período por el tipo de interés nominal anual, por el número de días del período y dividiéndolo entre 360 días...

La Tasa Anual Efectiva (T.A.E.) que se especifica en el recuadro (7,9890%), ha sido determinada por la aplicación de la fórmula financiera que se indica en la **cláusula** decimoctava.

"c) Los saldos de la cuenta que resulten favorables al acreditado devengarán a su favor intereses al tipo nominal indicando en el recuadro 9 (0,0%), cuya liquidación y pago de ajustará a las reglas precedentes.

"d) Durante el plazo pactado, el saldo de las cuentas que rebase el límite vigente en cada momento, devengará, sin necesidad de requerimiento alguno, intereses nominales de acuerdo con lo especificado en el recuadro 4 [19,82661], sin, perjuicio de la acción resolutoria que pueda ejercitar la Caja por dicha causa.

"e) Vencido el crédito por finalizado el plazo de vigencia o por resolución anticipada a instancia de Caixanova, el saldo deudor que presenta la cuenta devengará, hasta su efectivo y total pago, intereses de demora al tipo nominal indicado en el recuadro 3 (25%) que se calcularán de acuerdo con lo indicado en los apartados a) y b) de la presente...

"Novena.- RESOLUCIÓN: Caixanova podrá dar por vencido anticipadamente el crédito y exigir el reintegro de la totalidad de la deuda, en los casos siguientes:

"a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de las sumas debidas por cualquier concepto, así como incurrir en excedido sobre el límite pactado".

3. La finalidad de la póliza de crédito fue la financiación de la actividad empresarial, pues su destino era la "financiación circulante" de la empresa.



4. D. Abelardo interpuso una demanda contra la entidad financiera en la que solicitaba la nulidad por **abusivas** de las reseñadas **cláusulas** de intereses y de vencimiento anticipado. Todo ello con base en su condición de consumidor, pues actuaba como fiador, y en lo previsto en la normativa de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, art. 8), y en lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGCU, arts. 10 , 82 , 85 y 87).

La entidad demandada se opuso a la demanda.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, consideró que la cuestión acerca de la condición de consumidor del demandante ya había sido resuelta por auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 21 octubre 2015 , que declaró que concurría la cosa juzgada en lo referente a la condición de no consumidor con la que el demandante intervino en la referida póliza. Con relación al examen de las **cláusulas** controvertidas, señaló que superaban el control de incorporación y que no cabía aplicar el control de abusividad previsto en la normativa de condiciones generales, ni el dispuesto para los consumidores.

6. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sentencia de la Audiencia lo estimó en parte. En este sentido, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta sala (STS de 22 de abril de 2015), consideró que la **cláusula** de interés de demora del 25% debía calificarse de abusiva y que, dada la generalidad de esta doctrina de la sala, consideraba aplicable dicha protección contra la abusividad para el caso de un no consumidor, habida cuenta de la desproporción y desequilibrio que acarrea al prestatario en contra de lo dispuesto en los arts. 1256 y 1258 CC y 57 C.Com .

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Congruencia. Alteración en segunda instancia de la causa de pedir. Indefensión.

1. Abanca interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en cuatro motivos.

En el primer motivo la recurrente, al amparo del ordinal 1.º del art. 469. 1 LEC , denuncia la infracción del art. 45.1 LEC, 85.1 y 86 Ter 2.D LOPJ . Argumenta que, en el presente caso, el juzgado de lo mercantil y, por ende, el tribunal de apelación, carecen de competencia objetiva para resolver pretensiones *ex novo* relativas a una ineficacia contractual fundada en la aplicación del Código Civil.

2. El motivo debe ser desestimado. Conforme a la pretensión planteada por el demandante, el juzgado de lo mercantil fue competente por razón de la materia objeto del pleito o asunto.

3. En el motivo segundo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , la recurrente denuncia la infracción del principio de justicia rogada, art. 216 LEC y del deber de congruencia, art. 218 LEC . En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida se aparta de la pretensión ejercitada por el demandante, que funda su pretensión de nulidad exclusivamente en el carácter abusivo de las **cláusulas** impugnadas con base en la normativa de consumidores, dada la condición de consumidor que alegó ostentar, sin referencia alguna a las reglas generales de las obligaciones y contratos de la normativa del Código Civil.

En el motivo tercero la recurrente, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , denuncia la infracción del principio de contradicción, art. 456.1 LEC , causante de una *mutatio libelli*, art. 412.1 LEC .

En el desarrollo del motivo el recurrente argumenta que el tribunal de apelación se ha apartado de los hechos y fundamentos de derecho de la pretensión formulada en la primera sentencia. De forma que ha introducido *ex novo* cuestiones sobre los que la parte demandada no ha podido pronunciarse, con la consiguiente indefensión.

4. Dada la íntima conexión argumentativa y de razonamiento entre estos dos motivos de infracción procesal, se procede a su examen conjunto.

5. Los motivos deben ser estimados. Como hemos declarado en la sentencia 414/2018, de 3 de julio , el principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC , al decir:

"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra -cosa en casos especiales".

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre , recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC).



6. A su vez, el recurso de apelación permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituían el objeto litigioso resuelto en primera instancia, pero con un doble límite para el tribunal de segunda instancia. En primer lugar, conforme al art. 456.1 LEC, el ámbito de conocimiento en apelación debe ser acorde con los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. En segundo lugar, a tenor del art. 465.5 LEC, la resolución de apelación "deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".

7. Según múltiples resoluciones, de esta sala (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos deducidos por las partes y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes que, al no tener conciencia del alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decidir si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo solicitado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*cifra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

8. En la demanda, desde la pretendida condición del consumidor del demandante, se ejerció una acción de nulidad de las condiciones generales indicadas (**cláusulas** relativas a los intereses y vencimiento anticipado) basada en su carácter abusivo y conforme a la normativa sobre condiciones generales y sobre consumidores, pero no se postuló una nulidad basada en la infracción del principio de buena fe contractual o en preceptos del Código Civil relativos a las obligaciones y los contratos, o al justo equilibrio de las prestaciones. Nulidad que es la que acaba declarando la sentencia recurrida respecto de los intereses de demora.

9. Desde este punto de vista, la sentencia recurrida altera la causa de pedir y, como consecuencia de ello, resulta incongruente e infringe el art. 218.1 LEC, en relación con los arts. 456.1 y 465.5 de la misma Ley. Por lo que debe estimarse el recurso de infracción procesal y de conformidad con lo previsto en la regla 7.ª de la Disposición Final Decimosexta LEC, debe anularse la sentencia recurrida y dictarse nueva sentencia, para resolver el recurso.

TERCERO.- Asunción de la instancia. Recurso de apelación.

1. La exclusión de la condición del consumidor del demandante hace improcedente la realización del control de abusividad pretendido en la demanda, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; - 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras).

2. En consecuencia, el recurso de apelación debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósitos

1. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal implica que no quepa hacer expresa imposición de las costas causadas por dicho recurso y por el de casación, según determina el art. 398.2 LEC.

2. A su vez, la desestimación del recurso de apelación conlleva que deban imponerse al apelante las costas del mismo, conforme ordena el art. 398.1 LEC.

3. Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1. Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 14 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 461/2016.

2. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Abelardo contra la sentencia núm. 47/2016, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, en el juicio ordinario 72/2015, que confirmamos.



3. Imponer las costas de apelación al demandante apelante.
4. No hacer expresa imposición de costas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.
5. Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los de cursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, y la pérdida del constituido para el recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ