



Roj: **STS 3140/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3140**

Id Cendoj: **28079110012019100511**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2019**

Nº de Recurso: **1002/2017**

Nº de Resolución: **533/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 43/2017,**
STS 3140/2019,
AATS 11107/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 533/2019

Fecha de sentencia: 10/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1002/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CÁCERES SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1002/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 533/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 10 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador D. Jorge Campillo Álvarez, bajo la dirección letrada de D.ª María José Cosmea, contra la sentencia núm. 23/2017, de 19 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, en el recurso de apelación núm. 614/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 688/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Cáceres, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida D. Faustino, representado por el procurador D. Santos Gómez Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Manuel Barragán-Lancharro.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Vanesa Ramírez-Cárdenas y Fernández de Arévalo, en nombre y representación de D. Faustino, interpuso demanda de juicio ordinario contra Ibercaja Banco S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"PRIMERO: Que se declare la nulidad conforme a los fundamentos de derecho expuestos de la condición general de la contratación que dice: "En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al seis coma cincuenta por ciento, ni exceder del doce por ciento", y que consta transcrita en la escritura pública otorgada el 16 de octubre de 2009 ante el Notario de Zafra don José María Montero Álvarez, protocolo 1773.

"SEGUNDO, que se condene a IBERCAJA BANCO S.A (antes Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Badajoz) a eliminar dicha cláusula de manera inmediata, y a restituir a los actores las cantidades cobradas de más (con su correspondiente interés legal) calculadas conforme a las bases expuestas en los fundamentos de derecho (es decir, restar al interés ordinario cobrado el interés sin la cláusula suelo) desde el 9 de mayo de 2013 hasta el efectivo cese de su aplicación, con realización del cuadro de amortización sin la cláusula suelo.

"TERCERO, que se condene, así mismo, a la demandada a las costas de este procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 13 de noviembre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Cáceres, se registró con el núm. 688/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jorge Campillo Álvarez, en representación de Ibercaja Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba a desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Cáceres dictó sentencia n.º 225/2016, de 5 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Faustino frente a la mercantil IBERCAJA BANCO S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada citada de los pedimentos de aquélla, con imposición de costas procesales a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Faustino.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, que lo tramitó con el número de rollo 614/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Faustino contra la sentencia núm. 225/16, de fecha 5 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cáceres, en autos núm. 688/15, de los que este rollo dimana, y en su virtud, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y, en su lugar, estimamos la demanda interpuesta por DON Faustino, acordando declarar la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de 16 de octubre de 2009 acompañada a la demanda, condenando a IBERCAJA BANCO S.A. a estar y pasar por tal declaración, a eliminar la cláusula de manera inmediata y a restituir al actor las cantidades cobradas de más (con su correspondiente interés legal) desde el establecimiento de la cláusula en la escritura de préstamo hipotecario litigiosa y no desde el 9 de mayo de 2013, con imposición de costas de la primera instancia a la demandada y sin hacer imposición de costas de esta alzada a ninguna de las partes".

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

1.- El procurador D. Jorge Campillo Álvarez, en representación de Ibercaja Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración por la sentencia del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva de la recurrente reconocido en el artículo 24.1. de la Constitución Española [...]."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los artículos 3 y 4 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato y de la jurisprudencia que lo interpreta y lo aplica contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 380/2016, de 3 de junio y 227/2015, de 30 de abril.

"Segundo.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato y de la jurisprudencia que lo interpreta y lo aplica contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo; 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre y 367/2016, de 3 de junio."

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 20 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Ibercaja Banco S.A contra la sentencia dictada, el día 19 de enero de 2017 por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 614/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 688/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Cáceres".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- El 16 de octubre de 2009 se suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre D. Faustino, como prestatario, y la Caja de Ahorros de Badajoz (actualmente, Ibercaja Banco S.A.), como prestamista, por importe de 150.000 €, en el que se pactó un interés variable de Euribor más 2,50%, si bien constaba una cláusula con el siguiente tenor literal:

"En ningún caso, por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al seis coma cincuenta por ciento, ni exceder del doce por ciento".

2.- La finalidad del préstamo fue la financiación de la adquisición de un inmueble en el que estaba instalado un taller mecánico

3.- El Sr. Faustino presentó una demanda contra Ibercaja, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar, en lo que ahora interesa, que el prestatario no tenía la condición legal de consumidor, puesto que había pedido el préstamo para comprar y explotar un negocio.

Mientras que la Audiencia Provincial consideró que no estaba claro que el prestatario no actuara como consumidor y que, en todo caso, se trataría de un pequeño comerciante que no actuaba bajo forma societaria, por lo que estimó el recurso de apelación y la demanda.



Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Único de motivo de infracción procesal. Motivación arbitraria y errónea

Planteamiento :

1.- El único motivo de infracción procesal se plantea al amparo del art. 469.1.4º LEC , por vulneración del art. 24 CE , por error patente y arbitrariedad en la motivación de la sentencia recurrida.

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al considerar que el prestatario tiene la cualidad legal de consumidor, cuando en sus propias alegaciones reconoce su condición de pequeño empresario y que solicitó el préstamo para la adquisición de un taller.

Decisión de la Sala :

1.- Lo que la parte recurrente denuncia como un supuesto error de motivación no es sino una discrepancia con el razonamiento jurídico sobre un aspecto jurídico sustantivo, que es la cualidad legal de consumidor del prestatario, que, en su caso, deberá combatirse en el recurso de casación, pero no este recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- Es decir, el error que se imputa a la sentencia recurrida no es fáctico, sino, en su caso, jurídico, puesto que la calificación de una persona como consumidora es una cuestión de apreciación jurídica, por más que deba basarse en datos fácticos.

3.- Por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

TERCERO.- Primer motivo de casación. Cualidad legal de consumidor

Planteamiento :

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU) y de las sentencias de esta sala 380/2016, de 3 de junio , y 227/2015, de 30 de abril .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que el demandante no podía tener la consideración legal de consumidor cuando solicitó el préstamo para la adquisición de un taller y en sus propias alegaciones reconoció que era un pequeño empresario.

Decisión de la Sala :

1.- En la fecha en que se suscribió el contrato de préstamo, el art. 3 TRLGCU establecía que tenían la condición legal de consumidores las personas físicas o jurídicas que actuaban en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Y el art. 4 que se consideraba empresario a cualquier persona física o jurídica que actuara en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya fuera pública o privada.

En este caso, quien contrató el préstamo fue una persona física que pretendía adquirir un taller mecánico para desempeñar en él una actividad empresarial.

2.- De tales datos se desprende inequívocamente que el Sr. Faustino obtuvo el préstamo para su ámbito empresarial y como medio para desempeñar una actividad mercantil.

Como hemos declarado en la sentencia 230/2019, de 11 de abril , los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 30 y jurisprudencia citada).



"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 , EU:C:1997:337 , apartado 17)".

3.- Desde ese punto de vista, en la fecha que se concertó el contrato, era irrelevante que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario.

Por lo que este primer motivo de casación debe ser estimado.

CUARTO.- *Segundo motivo de casación. Improcedencia de los controles de transparencia y abusividad en contratos con condiciones generales de la contratación en que el adherente no es consumidor*

Planteamiento :

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 7 TRLGCU y de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , 149/2014; de 10 de marzo ; 166/2014, de 7 de abril ; 688/2015, de 15 de diciembre ; y 367/2016, de 3 de junio .

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, de manera resumida, que el control de transparencia no es procedente en un contrato en que el adherente es profesional.

Decisión de la Sala :

1.- Aunque en el encabezamiento del motivo se hace mención al art. 7 TRLGCU, debe tratarse de un error material de redacción, puesto que en su desarrollo se cita el art. 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), para argumentar que en los contratos con profesionales o empresarios únicamente cabe el control de incorporación, pero no los de transparencia y abusividad.

2.- En efecto, la exclusión de la cualidad de consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos 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 ; 414/2018, de 3 de julio ; y 230/2019, de 11 de abril , entre otras).

3.- En consecuencia, el segundo motivo del recurso de casación también debe ser estimado.

QUINTO.- *Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación y de la demanda*

La estimación del recurso de casación conlleva que este tribunal deba asumir la instancia, y por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto no procede realizar un control de transparencia ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente es un empresario.

SEXTO.- *Costas y depósitos*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por él, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por él, a tenor del art. 398.2 LEC .

3.- La desestimación del recurso de apelación implica que deban imponerse las costas a la parte apelante, conforme al art. 398.1 LEC .

4.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, 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.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Ibercaja Banco S.A. contra la sentencia núm. 23/2017, de 19 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres (sección 1.ª), en el Recurso de Apelación núm. 614/2016 .

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Ibercaja Banco S.A. contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

3.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Faustino S.A. contra la sentencia núm. 225/2016, de 5 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cáceres , en el juicio ordinario núm. 688/2015, que confirmamos.

4.º- Condenar a D. Faustino al pago de las costas del recurso de apelación.

5.º- Imponer a Ibercaja Banco S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación.

7.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación y la devolución del prestados para el 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.