

Roj: **STS 123/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:123**Id Cendoj: **28079110012017100031**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/01/2017**Nº de Recurso: **2272/2014**Nº de Resolución: **30/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP PO 1686/2014,**  
**STS 123/2017**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Federico , D.<sup>a</sup> Macarena , D. Maximiliano y D.<sup>a</sup> Emilia , representados por el procurador D. Álvaro Arana Moro, bajo la dirección letrada de D. Ricardo Rodiño Vázquez, contra la sentencia núm. 230/2014, de 24 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 293/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 17/2014 del Juzgado Mercantil n.º 2 de Pontevedra. Ha sido parte recurrida Abanca Corporación Bancaria S.A., como sucesora de NCG Banco S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Miguel A. Palacios Palacios, en nombre y representación de D. Federico y D.<sup>a</sup> Macarena y de D. Maximiliano y D.<sup>a</sup> Emilia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Novagaliciabanco S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, estimando íntegramente la demanda, se declare:

»a.- Que la cláusula del contrato de préstamo hipotecario de fecha 8 de marzo de 2007, suscrita por los actores D. Federico , y esposa; y D. Maximiliano , y esposa; con la demandada "NOVAGALICIABANCO, S.A.", señalada en la cláusula tercera bis, apartado e) del contrato, que establece un límite mínimo y máximo, es nula por vicio y error en el consentimiento de los actores, procediendo su eliminación del contrato; subsidiariamente, se declare que es nula por abusiva, por ser contraria a la buena fe y causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, procediendo su eliminación del contrato.

»b.- Que la demandada viene obligada a la devolución de las cantidades percibidas en exceso en aplicación de la referida cláusula, así como las cantidades que con posterioridad a la demanda se hayan abonado en aplicación de la cláusula nula, todas ellas incrementadas en el interés legal desde que efectivamente se cobraron indebidamente hasta la fecha que se dicte resolución acordando su nulidad, determinación que se llevará a cabo en Ejecución de Sentencia.

»c.- Se condene a la demandada a recalcular y amortizar de forma efectiva, excluyendo la cláusula "suelo-techo" litigiosa, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable de los demandantes desde su inaplicación, y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del contrato.



»d.- Se conde a la demandada a las Costas del procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 15 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, fue registrada con el núm. 17/2014 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey, en representación de NCG Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a los demandantes».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra dictó sentencia núm.34/2014, de 26 de marzo , con la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Miguel A. Palacios Palacios, en nombre y representación de D. Federico , DOÑA Macarena , D. Maximiliano Y DOÑA Emilia , contra NCG BANCO, S.A, y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a NCG BANCO, S.A. de todas las pretensiones deducidas en su contra.

Las costas procesales se imponen a los demandantes».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Federico , D.ª Macarena , D. Maximiliano y D.ª Emilia .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 293/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva establece:

«FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Federico y otros, contra la sentencia de 26 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Pontevedra en el juicio ordinario nº 17/2014, confirmando la misma, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Miguel A. Palacios Palacios, en representación de D. Federico , D.ª Macarena , D. Maximiliano y D.ª Emilia , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3 del apartado 2, del art. 477 LEC ., denunciando infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 2, 3 y 4 del RDL 1/2007 (TRLGCU), en relación con lo dispuesto en el art. 82.1 y 82.4 de la misma Ley, y Jurisprudencia que lo interpreta, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.6 del Código Civil .

»Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3, del apartado 2 del art. 477 LEC ., denunciando la indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 2 , 5.1 , 7.1 , 8 , 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , en relación con los arts. 1.256 a 1.261 del Código Civil ».

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Federico , D.ª Macarena , D. Maximiliano y D.ª Emilia contra la sentencia dictada, el día 24 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 293/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 17/2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

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 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1.- El 8 de marzo de 2007, D. Federico , Dña. Macarena , D. Maximiliano y Dña. Emilia concertaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra (actualmente, Abanca Corporación Bancaria, S.A.), por importe de 110.000 €, con la finalidad de financiar la compra de un local destinado a oficina.

En la cláusula 3 bis de la escritura pública, relativa al interés variable, se hacía constar: «No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal no podrá ser inferior al tres con setenta y cinco por ciento (3,75%), ni superior al quince por ciento (15%)». Las cifras, tanto en letras como en número, están resaltadas en negrita.

2.- D. Federico , Dña. Macarena , D. Maximiliano y Dña. Emilia formularon demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitaron la nulidad de la meritada cláusula de limitación del interés variable, con fundamento en los arts. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC ), 6.3 , 1.255 y 1.261 CC , y la devolución de las cantidades cobradas al amparo de la misma.

3.- Opuesta la entidad prestamista, la sentencia de primera instancia partió de que los actores no tenían la condición de consumidores, dada la finalidad comercial o profesional del préstamo. Asimismo, aunque reconoció que la cláusula controvertida tenía la consideración de condición general, no estimó que infringiera ninguna norma imperativa. Y desestimó la pretensión de nulidad contractual, al no constar en la demanda en qué medida la estipulación era contraria al estándar jurídico de la buena fe o había causado un desequilibrio económico. Razones por las cuales desestimó la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la prestataria, la Audiencia Provincial lo desestimó, conforme a los siguientes y resumidos argumentos: (i) Los demandantes no son consumidores; (ii) En consecuencia, no es aplicable el control de transparencia; (iii) La cláusula suelo está suficientemente explicada y resulta comprensible para los prestatarios. Como consecuencia de lo cual, confirmó íntegramente la sentencia apelada.

**SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Concepto de consumidor.***Planteamiento y admisibilidad:*

1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC , por interés casacional, y denuncia infracción de los arts. 2 , 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), en relación con los arts. 82.1 y 84 de la misma Ley , y la jurisprudencia que los interpreta, en concreto la sentencia del Pleno de la sala de 9 de mayo de 2013 .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta que, aunque el local se compró como oficina, nada impide a los adquirentes cambiar su destino. Además, no consta que los demandantes actuaran dentro de su actividad profesional.

3.- En cuanto a su admisibilidad, a la que se opone la parte recurrida, aunque la técnica casacional no es muy depurada, no concurren causas absolutas de inadmisibilidad y el recurso resulta admisible por las siguientes razones: (i) Pese a la cita de diversos preceptos legales, se identifican correctamente los que atañen directamente al caso y se consideran infringidos; (ii) Se invocan diversas sentencias de Audiencias Provinciales que, ciertamente, resultan contradictorias entre sí y con la que es objeto de recurso. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

*Decisión de la Sala :*

1.- Ha de advertirse, en primer lugar, que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 8 de marzo de 2007, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Por lo que, en todo caso, lo que se habría infringido es el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Los apartados 2 y 3 del citado art. 1 establecían:

«2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.



3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

El art. 3 del TRLGCU, ha matizado este concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En particular, el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. A cuyo efecto, resulta de interés la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, que objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. El TJUE concluye en dicha resolución que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo la Directiva 93/13/CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

2.- Sobre esta base legal y jurisprudencial, el motivo hace supuesto de la cuestión, porque ignora la base fáctica de la sentencia, que considera acreditado que el local destinado a oficina, para cuya adquisición se pidió el préstamo con garantía hipotecaria, se compró para una actividad profesional. Aparte de que el caso es precisamente el inverso del de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015 antes citada, puesto que mientras en el caso resuelto por ésta no se hacía mención al destino del crédito, en el que nos ocupa sí se indica claramente en el contrato que su destino es financiar la adquisición de un local comercial que se va a dedicar a oficina.

Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que se ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato.

3.- Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser desestimado.

**TERCERO.- Segundo motivo de casación. Planteamiento. Admisibilidad.**

1.- El segundo motivo de casación se formula también al amparo del art. 477.2.3 LEC, por infracción de los arts. 2, 5.1, 7.1, 8, 9.2 y 10.2 LCGC, en relación con los arts. 1256 a 1261 CC.

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente que aunque se considerase que los recurrentes no son consumidores, sería aplicable el control de transparencia, y en todo caso, han de tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual.

3.- Respecto a la admisibilidad de este motivo, hemos de indicar lo mismo que respecto del anterior. Las posibles infracciones legales están identificadas y se citan resoluciones diferentes de distintas Audiencias Provinciales, que pueden resultar contradictorias. Ante lo cual, la parte recurrida ha tenido oportunidad de defenderse.

**CUARTO.- El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial.**

1.- La doctrina general sobre este tema ha sido formulada por la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio, en la que se compendian todos los pronunciamientos previos. Como decíamos en esa resolución, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade:

«Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir,



nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

2.- A su vez, la Sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo , como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir:

«En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-».

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo ; 166/2014, de 7 de abril ; y 688/2015, de 15 de diciembre . Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que:

« [l]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores».

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo , fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

«La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación».

Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril , estableció:

«[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente»

[...]

«las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC».

**QUINTO.- Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.**

1.- Excluida la posibilidad del control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor, la antes citada sentencia 367/2016, de 3 de junio , afrontó el problema de si les era aplicable el denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Como concluimos en dicha sentencia de Pleno, tal control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en



atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ( sentencias de esta Sala 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 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 ).

Como recordamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 138/2015, de 24 de marzo , que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical:

«[c]onforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , 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».

**3.-** Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Conexión entre transparencia material y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 ), al decir en su párrafo 49 que: «el control de la 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 ». Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

**4.-** Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

**SEXO.-** *La buena fe como parámetro de interpretación contractual.*

**1.-** Decíamos en la tan citada sentencia 367/2016, de 3 de junio , que vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).



2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente ( sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; 1141/2006, de 15 de noviembre ; y 273/2016, de 23 de abril ). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, porque en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

3.- Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes» (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

**SÉPTIMO.-** *Análisis del caso sometido a enjuiciamiento. El necesario respeto a los hechos probados. Inexistencia de prueba de abuso de posición contractual dominante.*

1.- Es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada ( sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo ; 56/2011, de 23 febrero ; 71/2012 de 20 febrero ; 669/2012, de 14 de noviembre ; 147/2013, de 20 de marzo ; y 5/2016, de 27 de enero ; entre otras muchas). Como consecuencia de lo cual, hemos de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida.

2.- En el caso que nos ocupa, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la sentencia recurrida no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por lo que no podemos afirmar en este trámite casacional que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1.256 y 1.258 CC y 57 CCom .

**OCTAVO.-** *Costas y depósitos.*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a los recurrentes las costas causadas por el mismo, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC .



2.- Procede, asimismo, la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

### FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Federico , D.ª Macarena , D. Maximiliano y D.ª Emilia , contra la sentencia núm. 230/2014, de 24 de junio, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación n.º 293/2014 . 2.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición. Librese 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO