

Roj: **STS 124/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:124**Id Cendoj: **28079110012017100032**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/01/2017**Nº de Recurso: **2341/2014**Nº de Resolución: **41/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Naquer S.A., representada por la procuradora D.ª María José Rodríguez Tejeiro bajo la dirección letrada de D.ª Rosa Cámara Liébana, contra la sentencia núm. 306/2014, de 10 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 497/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 329/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Jaén. Ha sido parte recurrida Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid S.C.C., representada por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruíz y bajo la dirección letrada de D. Agustín Quílez Rico.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Cristina León Obejo, en nombre y representación de Naquer S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid, Sociedad Cooperativa de Crédito, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que:

1. Declare la nulidad, de las limitaciones a la variación del tipo de interés, aplicada en el contrato de préstamo aportado como documentos núm. 1, contenida en la página 25 de la escritura, hoja notarial QC8934726:

"3. LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE.

No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo podrá ser superior al DIECISEIS POR CIENTO NOMINAL ANUAL ni inferior al CUATRO COMA CINCUENTA POR CIENTO NOMINAL ANUAL. Si el cálculo efectuado según el criterio de variación prevista en esta estipulación resultara un tipo superior o inferior a los citados, se aplicarán estos.

2. Condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación del préstamo aportado como documentos núm. 1.

3. Condene en consecuencia de lo anterior, a la demandada, al pago al prestatario de la cantidad de ciento veintiocho mil cien euros con trece céntimos de euro 128.100,13 euros en concepto de restitución de las cosas que fueron materia de la cláusula, perjuicio calculado hasta la cuota hipotecaria de junio 2013 inclusive, así como los perjuicios y cantidades pagadas de más con posterioridad a la interposición de la demanda; e incrementada esta cantidad con los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y hasta la resolución definitiva del pleito, por los daños y perjuicios ocasionados. Ello, como consecuencia de la retrocesión de las contraprestaciones que fueron objeto de la cláusula.



4. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.
5. Condene a la demandada al pago de las cantidades que mis mandantes tengan que abonar en concepto de "tasa judicial" por la interposición de la demanda y las que con posterioridad se generaran».

2.- La demanda fue presentada el 31 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Jaén, fue registrada con el núm. 329/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D^a Victoria Marín Hortelano, en representación de Caja Rural de Jaén SCC, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día sentencia, por la que desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mi representada de la misma, con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado- juez del Juzgado de lo Mercantil y 1.ª Instancia n.º 4 de Jaén dictó sentencia núm. 64/2014, de 26 de marzo , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando la demanda presentada en representación de Naquer S.A. contra Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid, debo absolver a ésta de las pretensiones contra ella deducidas; con imposición a la actora de las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Naquer S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el número de rollo 497/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva establece:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 26 de Marzo de 2014 , en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 329 del año 2013, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante y declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir».

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

1.- La procuradora D.^a María Cristina León Obejo, en representación de Naquer S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en los artículos 5, 6 , 7 y 8 LCGC en relación con el art. 217 LEC , infracción del art. 1256 CC (en cuanto cláusula ambigua) oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ROJ 1916/2013, de 9 de mayo .

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por inaplicación de lo dispuesto los art. 5, 7 y 8 LCGC y no aplicar los criterios de transparencia fijados en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 »

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 2 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) NO ADMITIR EL PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad "Banco Mare Nostrum S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 10 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Jaén -Sección 1ª- en el rollo de apelación nº 497/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 329/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén.

2º) ADMITIR EL SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN, contra la referida sentencia».

3.- Por auto de 10 de febrero de 2016, se rectificó la parte dispositiva del auto anterior, a fin de hacer constar que la entidad recurrente es Naquer S.A. y no Banco Mare Nostrum S.A.

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

5.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 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 12 de enero de 2017, en



que ha tenido lugar. El Magistrado D. Francisco-Javier Orduña Moreno no pudo participar en la deliberación por indisposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 23 de diciembre de 2008, la compañía mercantil Naquer S.A. concertó con Caja Rural de Jaén S.C.C. una operación de préstamo, constitución de hipoteca y fianza, por importe de 1.800.000 €, cuyo destino era la refinanciación de deudas de la sociedad con otras entidades bancarias.

En la escritura pública, consta la siguiente cláusula, relativa al interés variable: «No obstante la variación que aquí se pacta, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo podrá ser superior al dieciséis por ciento nominal anual ni inferior al cuatro coma cincuenta por ciento nominal anual. Si el cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en esta estipulación resultara un tipo superior o inferior a los citados, se aplicarán estos».

2.- Naquer S.A. formuló una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitó la nulidad de la meritada cláusula de limitación del interés variable 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 la actora no tiene la cualidad legal de consumidora y, 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 la existencia de vicio del consentimiento. 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) No ha existido vulneración de los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC); (ii) La demandante no es consumidora, por lo que no es aplicable el control de transparencia; (iii) La cláusula suelo está suficientemente explicada y resulta comprensible para la prestataria; (iv) No se aprecia que hubiera error ni dolo en la prestación del consentimiento. Como consecuencia de lo cual, confirmó íntegramente la sentencia apelada.

SEGUNDO.- *Único motivo de casación admitido. Planteamiento.*

1.- El segundo motivo de casación, único admitido, se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, y denuncia infracción por inaplicación de los arts. 5, 7 y 8 LCGC, en relación con la sentencia del Pleno de la sala de 9 de mayo de 2013.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce que no solo los consumidores tienen derecho a una información detallada y precisa acerca de las condiciones del contrato y que las condiciones generales tienen que superar los controles de incorporación y transparencia. La mera lectura por el notario de la escritura pública no garantiza tales controles.

TERCERO.- *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».

CUARTO.- Imprudencia 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 o material.

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 parágrafo 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.

QUINTO.- *Inexistencia de vicio del consentimiento. El necesario respeto a los hechos probados.*

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 siendo evidente 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, ni que la prestataria diera su consentimiento de manera viciada. Por lo que no puede anularse la condición general controvertida por vicio del consentimiento.

Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado.

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a la recurrente 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 Naquer S.A. contra la sentencia núm. 306/2014, de 10 de julio, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación nº 497/2014.

2.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para



su interposición. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ