



Roj: **STS 2548/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2548**

Id Cendoj: **28079110012018100400**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **1078/2016**

Nº de Resolución: **415/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2765/2015,**
STS 2548/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 415/2018

Fecha de sentencia: 03/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1078/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SEVILLA SECCION N. 5

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1078/2016

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. 415/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 3 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D.^a María José Cosmea Rodríguez, contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2015, dictada por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 658/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1464/2013, del Juzgado Mercantil n.º 1 de Sevilla. Sobre condiciones generales de la contratación -cláusula suelo-. Ha sido parte recurrida Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles S.L., representada por la procuradora D.^a Amalia Delgado Cid y bajo la dirección letrada de D. Javier Portero Zúñiga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Maria Portero Zúñiga, en nombre y representación de Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra La Caixa, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1) Declare la nulidad de la cláusula sita en la escritura novada de 2/06/06, documento n.º 3, en la que se subroga la demandante y en cuya CLÁUSULA CUARTA.- TIPO DE INTERÉS, APARTADO 2.- PERIODO DE AMORIZACION, se establece en el folio 1428758 sub apartado d) Tipo mínimo y máximo lo siguiente: "Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 3,50% ni superior al 14%".

2) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 1464/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María del Valle Lerdo de Tejada Benítez, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario, absolviendo a mi representada de todos los pedimentos formulados frente a ella, con expresa imposición a la parte actora de las costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla dictó sentencia n.º 359/2014, de 11 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo la demanda formulada por la entidad GESTION SEYCO ANDALUZA DE INMUEBLES S.L. contra la entidad CAIXABANK S.A., y en consecuencia:

»- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la estipulación CUARTA 1.B), página OV 1428759 del contrato de novación de préstamo hipotecario formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Arturo Otero Lopez-Cubero el día 2 de junio de 2006. La declaración de nulidad comporta:

1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

2) Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.

3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse.»

»-DECLARO la subsistencia del resto de los contratos.

»-ACUERDO que, firme que sea esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

»Más la condena en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 658/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 18 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Que, estimando, en parte, el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A., debemos revocar y revocamos, también parcialmente, la sentencia que, con fecha 11 de Septiembre de 2.014, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad , en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, promovidos por Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles, S.L., en el sentido de que la devolución que acurda de los intereses percibidos en virtud de la cláusula que declara nula solo lo será de los percibidos a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 , así como en el sentido de no hacer imposición del pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que se haga imposición tampoco de las de esta alzada».

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.ª María del Valle Lerdo de Tejada Benítez, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Por el cauce del artículo 477. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción por indebida aplicación del artículo 82, en relación con el artículo 3, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y de la jurisprudencia que lo aplica en relación con las cláusulas suelo establecidas mediante condiciones generales, contenida en la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo , (aclarada por auto de 3 de junio de 2013),[...] en virtud de las cuales el doble filtro de transparencia sólo opera en los contratos con consumidores».

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 18 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Caixabank S.A. contra la sentencia dictada, el día 18 de diciembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 658/2015 , dimanante del juicio ordinario nº 1464/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla».

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 17 de mayo de 2018 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 21 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 20 de mayo de 2009 se firmó una escritura de novación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el 19 de julio de 2004 entre Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (actualmente, Caixabank S.A.) y la compañía mercantil Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles S.L., por importe de 185.258 €.

Este préstamo hipotecario se había novado, a su vez, en cuanto a las condiciones financieras, en escritura de 2 de junio de 2006.

2.- En la escritura de 2 de junio de 2006 se introdujo una cláusula, dentro del epígrafe «Tipo de interés variable», titulada «Tipo mínimo y máximo», se establecía que:

«Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 3,50% ni superior al 14,00%».

3.- En la escritura de 20 de mayo de 2009, en la que se establece la relación entre las partes del litigio, se novó parcialmente el préstamo en varias de sus cláusulas y en el apartado del interés aplicable se introdujo la siguiente mención:



«Se aplicará para los sucesivos periodos de intereses el tipo correspondiente al Euribor (Euro Interbank Offered Rate), entendiéndose por tal la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Interbancaria Europea para las operaciones de depósitos en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación, publicado en el mes anterior al que corresponda a su aplicación.

»El tipo anterior es publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado.

»Las revisiones serán semestrales.

»El diferencial sobre el tipo de referencia será de 0,80 puntos, que se sumarán a éste».

4.- Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles S.L. presentó una demanda en la que solicitó la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés contenida en la escritura de 2 de junio de 2006.

5.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula litigiosa y ordenó la restitución de las prestaciones.

6.- La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de la entidad prestamista, en lo relativo a la restitución de prestaciones, que limitó temporalmente.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento del único motivo*

1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se basa en un único motivo, por aplicación indebida del art. 82, en relación con el art. 3, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Para justificar el interés casacional, cita como infringidas las SSTs 241/2013, de 9 de mayo; 545/2013, de 24 de septiembre; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; y 227/2015, de 30 de abril.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que se aplica indebidamente la normativa de consumidores y usuarios a una relación mercantil en la que la prestataria, al ser una sociedad de responsabilidad limitada, no reúne la condición legal de consumidora.

TERCERO.- *Control de incorporación de condiciones generales de la contratación*

1.- Cuando se firmó el contrato de novación entre las partes, en 2009, ya estaba en vigor el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007, en su versión anterior a la reforma de 2014, que excluía de la condición de consumidores a quienes actuaran en un ámbito propio de su actividad empresarial o profesional.

A su vez, en la fecha que se firmó la primera novación, en la que se introdujo la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establecía en su art. 1.3:

«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».

2.- Conforme a esta regulación legal y la interpretación que de ella ha hecho la jurisprudencia de esta sala, es evidente que la demandante carece de la cualidad legal de consumidora, al ser una sociedad mercantil con ánimo de lucro que interviene en el negocio jurídico en el marco de su actividad empresarial. Dado que el adherente no es consumidor, puede realizarse un control de incorporación de la condición general de la contratación litigiosa, pues dicho control es común a adherentes profesionales y adherentes consumidores, pero no un control de transparencia, que está limitado a estos últimos, 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; y 639/2017, de 23 de noviembre; entre otras).

3.- Aunque la demanda es un tanto equívoca, sobre todo porque insiste mucho en el control de transparencia a que se refiere la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, lo relevante es que en ella se cuestionó la incorporación de la cláusula al contrato (se cita expresamente el art. 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) y la falta de consentimiento válido, porque la entidad prestamista ocultó deliberadamente la existencia de la cláusula suelo.

4.- En consonancia con dichas pretensiones, la Audiencia Provincial no hace realmente un control de transparencia cualificado que, efectivamente, estaría vedado en el caso de contratos con profesionales o empresarios, sino un control de incorporación, puesto que pone el énfasis en la total ausencia de información



sobre la propia existencia de la cláusula suelo, que ni siquiera se incluyó en las escrituras públicas de subrogación hipotecaria y novación.

Por ello, no puede decirse que la sentencia recurrida infringe los arts. 3 y 82 TRLGCU, que ni siquiera cita, ya que el tipo de control que realiza, de mera inclusión, sí puede hacerse respecto de adherentes profesionales.

5.- Como consecuencia de lo cual, el recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, las costas causadas por el mismo deben imponerse a la parte recurrente, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 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 de casación formulado por Caixabank S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5ª), con fecha 18 de diciembre de 2015, en el Rollo de Apelación núm. 658/2015 .

2.º- 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.