



Roj: **STS 4144/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4144**

Id Cendoj: **28079110012018100680**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2018**

Nº de Recurso: **1913/2016**

Nº de Resolución: **703/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 703/2018

Fecha de sentencia: 13/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1913/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CUENCA SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1913/2016

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 703/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 13 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Bancofar S.A., representada por la procuradora D.^a María Soledad Paloma Muelas García, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Núñez-Samper Pizarroso, contra la sentencia núm. 90/2016, de 26 de abril, dictada por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Cuenca, en



el recurso de apelación núm. 329/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 137/2014 del Juzgado de Primera Instancia (Mercantil) n.º 2 de Cuenca, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida D. Rogelio, representado por la procuradora D.ª Marta Alcalde Miras 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 Olga Recuenco Garcés, en nombre y representación de D. Rogelio, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bancofar S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1) DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA sita en el folio NUM000 de las escrituras, cláusula 5. LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS que establece lo siguiente: "Transcurrido el primer periodo de 12 meses del presente préstamo, en ningún caso el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al 3,50% anual o superior al 15% anual, cualquiera que fuese el tipo resultante por aplicación de los mecanismos de revisión pactados".

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

2.- La demanda fue presentada el 12 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cuenca, fue registrada con el núm. 137/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Josefa Herráiz Calvo, en representación de Bancofar S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas al demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cuenca dictó sentencia de fecha 8 de junio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D. Rogelio, representado por el Procurador D.ª OLGA RECUENCO GARCIA frente a la entidad BANCOFAR S.A, con los siguientes pronunciamientos:

a) Que debo declarar y declaro nula por abusivas, falta de transparencia y contrarias a la buena fe la cláusula 5ª del contrato suscrito entre partes que contiene una limitación mínima del 3,50% o superior al 15% anual a la variación del tipo de interés nominal, manteniéndose vigente el resto del contrato préstamo hipotecario.

b) que debo condena y condeno a la demandada, a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre partes que deberá abstenerse de aplicar en lo sucesivo.

c) que debo condena y condeno a su vez a la demandada al pago de las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca, que lo tramitó con el número de rollo 329/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 26 de abril de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"Que debemos estimar como estimamos, parcialmente el recurso de apelación formulado por la procuradora de los Tribunales doña Maria Josefa Herraiz Calvo en nombre y representación de BANCOFAR S.A., contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 Mercantil de los de Cuenca en el seno del juicio ordinario 137/2014, de que dimana el presente rollo de apelación, y en consecuencia debemos revocar como revocamos parcialmente la Sentencia en el sentido de que en el fallo de la misma además debe constar

""Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por DON Rogelio, representado por el Procurador D.ª OLGA RECUENCO GARCIA frente a la entidad BANCOFAR S.A, con los siguientes pronunciamientos:

a) Que debo declarar y declaro nula por falta de transparencia la cláusula 5ª del contrato suscrito entre partes que contiene una limitación mínima del 3,50% o superior al 15% anual a la variación del tipo de interés nominal, manteniéndose vigente el resto del contrato préstamo hipotecario.

b) Que debo condenar y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre partes que deberá abstenerse de aplicar en lo sucesivo.



c) Que debo condenar y condeno a su vez a la demandada al pago de las costas causadas en esta instancia."

"No se hace imposición de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a María Josefa Herraiz Calvo, en representación de Bancofar S.A., interpuso recurso de casación por interés casacional.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción de los artículos 5.5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".

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 11 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bancofar S.A. contra la sentencia dictada, el día 26 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 329/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 137/2014, del Juzgado de lo Mercantil de Cuenca".

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 8 de octubre 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 22 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 14 de septiembre de 2006 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre Bancofar S.A., como prestamista, y D. Rogelio, como prestatario, por importe de 900.000 €.

La finalidad del préstamo era financiar la adquisición de una oficina de farmacia en la localidad de Valverde del Júcar (Cuenca).

2.- En la escritura se pactó un interés variable, si bien constaba una cláusula, denominada "Límites a la variación del tipo de interés", que establecía:

"Transcurrido el primer periodo de doce meses del presente préstamo, en ningún caso el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al 3,50% anual o superior al 15% anual, cualquiera que fuese el tipo resultante por aplicación de los mecanismos de revisión pactados".

3.- El Sr. Rogelio presentó una demanda en la que solicitó la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula litigiosa.

5.- La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de la entidad prestamista, únicamente en lo relativo a aclarar que la nulidad era por falta de transparencia.

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 existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. Se basa en un único motivo, por aplicación indebida de los arts. 5.5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que cuando el prestatario no tiene la condición legal de consumidor no es procedente hacer un control de transparencia, únicamente adecuado en el marco de protección de los consumidores, sino que solamente procede el control de incorporación.

TERCERO.- Improcedencia del control de transparencia en contratos celebrados entre profesionales

1.- Resulta indiscutido que el prestatario no tenía la condición legal de consumidor cuando suscribió el contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13, sobre contratos celebrados con consumidores), puesto que destinó el préstamo



a una actividad profesional o empresarial, como fue la adquisición de una oficina de farmacia (art. 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, vigente en el momento de celebración del contrato).

Desde esa cualidad de adherente no 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, como el de abusividad, 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; 639/2017, de 23 de noviembre; y 8/2018, de 10 de enero, entre otras).

2.- La sentencia recurrida anula la cláusula, no porque sea incomprensible o tenga algún otro déficit de incorporación, sino porque está enmascarada entre una información abrumadora, lo que supone realizar un control de transparencia y no un simple control de inclusión. Y habida cuenta que el control efectivamente realizado es improcedente en un contrato celebrado entre profesionales, el recurso de casación ha de ser estimado.

3.- La estimación del recurso de casación conlleva la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación implica, a su vez, estimación del recurso de apelación. Por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas de ambos recursos (art. 398.2 LEC).

2.- La desestimación de la demanda conlleva que deban imponerse al demandante las costas de la primera instancia, según ordena el art. 394.1 LEC.

3.- Procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por Bancofar S.A. contra la sentencia núm. 90/2016, de 26 de abril, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca, en el recurso de apelación n.º 329/2015, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la misma parte recurrente contra la sentencia núm. 10043/2015, de 8 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cuenca, en el juicio ordinario núm. 137/2014, que revocamos.

3.º- Desestimar la demanda interpuesta por D. Rogelio contra Bancofar S.A., a la que absolvemos de las pretensiones contra ella formuladas.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación.

5.º- Imponer a D. Rogelio las costas de la primera instancia.

6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y 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.