



Roj: **STS 4257/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4257**

Id Cendoj: **28079110012018100701**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **2472/2016**

Nº de Resolución: **726/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 432/2016,**
STS 4257/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 726/2018

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2472/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2472/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 726/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 276/2016, de 25 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 526/2015 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba, sobre nulidad de condiciones generales de contratación.

El recurso fue interpuesto por Bankia SA, representada por el procurador D. Joaquín María Jañez Ramos y bajo la dirección letrada de D.^a M.^a José Cosmea Rodríguez.

Son parte recurridas D. Luis Enrique y D.^a Francisca, representados por la procuradora D.^a Elena Galán Padilla y bajo la dirección letrada de D.^a Emma Hernández García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Marcial Gómez Balsera, en nombre y representación de D. Luis Enrique y D.^a Francisca, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia SA en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

" 1.- Declare la nulidad de la estipulación tercera Bis. 5, que fija un tipo mínimo y máximo de referencia en interés variable, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha diecinueve de julio de dos mil cinco y aportada como documento nº 1, y cuyo contenido literal es:

" 5.- Límites a la variación del tipo de interés.

" "Transcurrido el primer periodo de doce meses del presente préstamo, en ningún caso, el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al 3,25 % 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 a la eliminación de la citada cláusula del contrato de préstamo hipotecario.

" 3.- Condene a la demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la citada cláusula, desde la fecha de la publicación de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 3 de mayo de 2013, y a la que expresamente se remite la Sentencia dictada por el Alto Tribunal en fecha 25 de marzo de 2015, que se establece en la cantidad que resulte desde dicha fecha hasta la efectiva inaplicación de la cláusula sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar según las condiciones pactadas en la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria de no haber existido la cláusula que se deja sin efecto.

" 4.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 12 de mayo de 2015 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba, fue registrada con el núm. 526/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, en representación de Bankia SA, contestó a la demanda solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba, dictó sentencia 8/2016, de 11 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por Luis Enrique y Francisca contra Bankia SA:

" Declarar nula la cláusula de limitación de intereses mínimos que se fija en el contrato de préstamo hipotecario convenido entre las partes.

" Condenar a la entidad financiera a eliminar dicha cláusula del citado contrato en el caso de que no se hubiese verificado ya.

" Condenar a la demandada a que abone a la actora la suma que se determine en ejecución de sentencia relativa al abono de más que suponía aplicar la cláusula suelo desde el 9/2/2013.

" A las citadas cantidades les serán de aplicación los intereses en la forma indicada.

" Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



- 1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia SA. La representación de D. Luis Enrique y de D.^a Francisca se opuso al recurso.
- 2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que lo tramitó con el número de rollo 275/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 276/2016, de 25 de mayo, en la que desestimó el recurso y condenó al apelante al pago de las costas.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

- 1.- El procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, en representación de Bankia SA, 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 de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de septiembre de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- D. Luis Enrique y D.^a Francisca se opusieron al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- D. Luis Enrique y D.^a Francisca concertaron el 19 de julio de 2005 un préstamo hipotecario con Bancofar S.A. (actualmente, Bankia S.A.) para financiar la compra de un local en el que desarrollar la actividad de oficina de farmacia. El contrato de préstamo contenía una cláusula de limitación del interés variable en la que se establecía un límite inferior (una "cláusula suelo") del 3.25% anual.

2.- El 12 de mayo de 2005 los prestatarios interpusieron una demanda contra Bankia en la que solicitaron la nulidad de la cláusula que establecía la limitación a la variación del interés del préstamo.

3.- El Juzgado Mercantil declaró la nulidad de la cláusula. Afirmó que los prestatarios no tenían la condición legal de consumidores pero que la cláusula suelo, en tanto que condición general de la contratación, podía ser objeto de un control de nulidad con base en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, para lo cual realizó el control de transparencia material conforme a la doctrina establecida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo y declaró la nulidad de la cláusula y la restitución de las cantidades cobradas al aplicarla desde el 9 de mayo de 2013.

4.- Bankia apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. La Audiencia afirmó que, aunque se cumplían los requisitos para que la cláusula quedara incorporada al contrato, no era válida porque no superaba el control de transparencia tal como había quedado precisado en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 464/2014, de 8 de septiembre.

5.- Bankia ha interpuesto un recurso de casación contra dicha sentencia, que basa en un motivo.

SEGUNDO.- Formulación del recurso

1.- En el encabezamiento del único motivo del recurso de casación, Bankia alega la infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 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, la recurrente alega que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia sobre el control de transparencia pues, pese a reconocer que los demandantes carecen de la cualidad legal de consumidores, aplica la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y declara la nulidad de la cláusula suelo pese a reconocer que supera el control de incorporación.



TERCERO.- *Decisión del tribunal: el control de transparencia material no es aplicable a las condiciones generales de los contratos celebrados con profesionales o empresarios*

1.- Pese a las alegaciones que realizan los recurridos en su escrito de oposición al recurso de casación, la cláusula suelo supera el control de incorporación y así lo ha declarado la Audiencia Provincial. La cláusula reúne los requisitos exigidos en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, por tanto, quedó incorporada al contrato.

2.- La Audiencia Provincial, tras reconocer que la cláusula supera el control de incorporación, ha declarado la nulidad de la "cláusula suelo" porque no supera el control de transparencia material. Para llegar a esta conclusión, aplica los criterios establecidos en la jurisprudencia a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y, en concreto, los contenidos en la sentencia 464/2014, de 8 de septiembre.

3.- Este tribunal ha declarado en varias sentencias (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 414/2018, de 3 de julio, entre otras) que los controles de transparencia y abusividad solo pueden aplicarse cuando el contrato ha sido celebrado con consumidores.

En la primera de las sentencias citadas afirmamos:

"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.

" Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la 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 correspondiendo a los tribunales la configuración de un "tertium genus" que no ha sido establecido legislativamente, dado que 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".

4.- La sentencia recurrida es contraria a esta jurisprudencia por cuanto que, pese a reconocer que la "cláusula suelo" supera el control de incorporación y que los prestatarios no tienen la condición legal de consumidores, realiza un control de transparencia material propio de la normativa de protección de consumidores y concluye que la cláusula es nula por no superar dicho control.

5.- La consecuencia de esta infracción es que la sentencia debe ser casada, el recurso de apelación debe ser estimado y la demanda debe ser desestimada.

CUARTO.- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa imposición porque el recurso ha resultado estimado. Procede condenar a los demandantes al pago de las costas de primera instancia, al resultar desestimada la demanda.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

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 Bankia S.A. contra la sentencia 276/2016, de 25 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el recurso de apelación núm. 275/2016.
- 2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia 8/2016, de 11 de enero, del Juzgado Mercantil núm. 1 de Córdoba, que dejamos sin efecto.
- 3.º- Desestimar la demanda interpuesta por D. Luis Enrique y D.ª Francisca contra Bankia S.A.
- 4.º- No imponer las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación y condenar a D. Luis Enrique y D.ª Francisca al pago de las costas de primera instancia.
- 5.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ