



Roj: **STS 3844/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3844**

Id Cendoj: **28079110012022100698**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2022**

Nº de Recurso: **1922/2019**

Nº de Resolución: **711/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 64/2019,**  
**STS 3844/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 711/2022**

Fecha de sentencia: 26/10/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1922/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/10/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BADAJOZ SECCION N. 2

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1922/2019

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 711/2022**

Excmos. Sres.

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 26 de octubre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. y D.<sup>a</sup> María Rosario , representados por el procurador D. César Augusto García Rebollo, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Leal Aparicio, contra la sentencia núm. 52/2019, de 4 de febrero, dictada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación núm. 186/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 432/2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Jerez de los Caballeros, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador D. Alejandro Pérez-Montes Gil y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. César Augusto García Rebollo, en nombre y representación de D. Dionisio , quien actúa a su vez en nombre y representación (como administrador único) de Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. unipersonal, y de D.<sup>a</sup> María Rosario , interpuso demanda de juicio ordinario contra Ibercaja Banco S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"estimatoria acogiendo lo siguiente:

CON CARÁCTER PRINCIPAL:

"1) Se declare nula por conforme al art.8.1 Ley Condiciones Generales Contratación, en relación con el art. 1258 del código Civil, las cláusulas que contienen una limitación mínima a la variación en el tipo de interés nominal del 7,00% en el contrato de préstamo hipotecario, suscrito entre mis representados y la entidad financiera IBERCAJA BANCO S.A., el 24 de julio de 2009, y en su virtud:

a) Se elimine la cláusula de dicho contrato y deje de aplicarse en lo sucesivo.

b) Como consecuencia de dicha nulidad y en virtud del art. 1303 CC, se condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de las referidas cláusulas nulas, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el art. 219 Ley de Enjuiciamiento Civil, se calcularán con arreglo a las siguientes bases:

- La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización, y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización sin tener en cuenta las cláusulas suelo declaradas nulas, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato.

- El exceso resultante en cada periodo de amortización debe ser incrementado con el interés legal del dinero (de acuerdo con el art. 1303 CC) devengado desde el momento mismo en que se realizara el pago de cada cuota mensual hasta la efectiva restitución de las cantidades indebidamente cobradas

c) Para el caso de que se considere que la nulidad declarada no tenga efectos retroactivos, que se condene a la entidad demandada a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, de acuerdo con las bases anteriormente fijadas, desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la STS en la que se estableció la nulidad de las cláusulas suelo por un defecto de transparencia, al ser notorio a partir de este momento que la cláusula concreta de este contrato era abusiva, o en último caso al menos, desde la fecha de interposición de esta demanda.

"2) Se declare nula por abusiva la estipulación relativa a los intereses de demora, cuyo tenor literal es el siguiente: "La mora en el pago de las cantidades vencidas en concepto de amortización, intereses y gastos, y no satisfechas en sus respectivos vencimientos, devengarán, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de dar por vencido el préstamo y al amparo de lo dispuesto en los artículos 316 y 327 del Código de Comercio, desde las fechas de sus vencimientos y hasta su total pago, el interés nominal anual moratorio del DIECIOCHO POR CIENTO, calculado día a día, utilizando el mismo sistema de liquidación y cómputo de días aplicado a los intereses ordinarios".

"3) Se declare nula por abusiva la estipulación relativa a la resolución anticipada, cuyo tenor literal es el siguiente: "El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto y LA CAJA podrá ejercitar las acciones de todo tipo, incluso judiciales y de ejecución que correspondan frente al Prestatario y demás obligados en razón del presente contrato como consecuencia de las garantías prestadas a favor de LA CAJA, que podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses incluso los de demora, gastos y costas procesales (...)".



Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

"SUBSIDIARIAMENTE

Se declare no incorporada al contrato, conforme a los artículos 5 y 7 LCGC , la cláusula que contiene una limitación mínima a la variación en el tipo de interés nominal del 7,00%, en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre mis representados y la entidad IBERCAJA BANCO S.A., el 24 de julio de 2009, manteniéndose vigente las restantes condiciones hipotecarias.

Reproduciéndose para este caso, los mismos pedimentos formulados en los apartados b), c), d) y e) de la pretensión principal.

"SUBSIDIARIAMENTE:

Se declare inexistente conforme al art. 1261 CC, la cláusula que contiene una limitación mínima a la variación en el tipo de interés nominal del 7,00% en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre mis representados y la entidad IBERCAJA BANCO S.A el 24 de junio de 2009, manteniéndose vigente las restantes condiciones hipotecarias.

Reproduciéndose para este caso, los mismos pedimentos formulado en los apartados b), c), d) y e) de la pretensión principal.

"SUBSIDIARIAMENTE:

Se declare conforme a los arts. 1269 y 1270 Código Civil la concurrencia de dolo incidental en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre mis representados y la entidad IBERCAJA BANCO S.A. de 24 de julio de 2009, y consecuentemente se condene a la entidad demandada a indemnizar a los demandantes en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el art. 219 Ley de Enjuiciamiento Civil, se calculará con arreglo a las siguientes bases:

- La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización, y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización sin tener en cuenta la cláusula suelo, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato.

Se condene a la entidad demandada a eliminar del contrato la cláusula suelo del contrato suscrito, como causa generadora del daño.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

"SUBSIDIARIAMENTE:

Se condene a la entidad demanda conforme a los arts. 1101 y ss. Código Civil a indemnizar a los demandantes en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el art. 219 Ley de Enjuiciamiento Civil, se calculará con arreglo a las siguientes bases:

La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización, y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización sin tener en cuenta las cláusulas suelo, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato.

Se condene a la entidad demandada a eliminar la cláusula suelo del contrato suscrito, como causa generadora del daño.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada"

**2.-** La demanda fue presentada el 21 de septiembre de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de los Caballeros, se registró con el núm. 432/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

**3.-** El procurador D. Alejandro Pérez Montes Gil, en representación de Ibercaja Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la parte actora.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia Único de Jerez de los Caballeros de los dictó sentencia n.º 97/2017, de 16 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el procurador de los Tribunales, Don César Augusto García Rebollo, en nombre y representación de DON Dionisio , que actuó en nombre propio y en representación de FERRALLAS Y ESTRUCTURAS JOSÉ DELGADO, S.L., y DOÑA María Rosario , debo ABSOLVER

Y ABSUELVO a IBERCAJA BANCO, S.A., de los pedimentos de la demanda, con imposición al demandante de las costas procesales".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. y D.<sup>a</sup> María Rosario .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 186/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"Primero. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Ferrallas y Estructuras José Delgado, SL" y doña María Rosario contra la sentencia de 16 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Jerez de los Caballeros en el procedimiento ordinario 432/2016 y, en consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución.

"Segundo. Se imponen las costas de esta alzada a "Ferrallas y Estructuras José Delgado, SL" y a doña María Rosario y declaramos la pérdida del depósito constituido para recurrir".

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

1.- El procurador D. César Augusto García Rebollo, en representación de Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. y D.<sup>a</sup> María Rosario , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Con fundamento en el art. 477.2.3º LEC, por oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Infracción del art. 1.258 CC, en relación a la doctrina jurisprudencial expresada en las STS, Núm. 367/2016, de 3 junio 2016, STS, Núm. 30/2017, 18 enero 2017 y STS, Núm. 57/2017, de 30 enero 2017 [...].

"Segundo.- Con fundamento los arts. 477.2.3ª y 477.3 LEC, por oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Infracción de los artículos 1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ( SSTS n.º 241/2013, de 9 de mayo, n.º 57/2019, de 25 de enero y STS Núm. 464/2014, de 8 de septiembre) sobre los requisitos el control de incorporación en los contratos de adhesión.

"Tercero.- De acuerdo con los arts. 477.2.3ª y 477.3 LEC: Infracción del artículo 3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, 6 y 7 del Código de Comercio y 1.437 y 1.440 del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ( SSTS n.º 594/2017, de 7 de noviembre -documento n.º 9- y n.º 728/2018, de 20 de diciembre -documento n.º 10- sobre el carácter de consumidor de D.<sup>a</sup> María Rosario y su régimen económico matrimonial".

"Cuarto.- Con fundamento en el art. 477.2.3º y 477.3 LEC, por oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Infracción de los artículos 1.301 y 1.969 CC en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ( SSTS n.º 569/2003, de 11 de junio; n.º 769/2014, de 12 de enero de 2015; n.º 89/2018, de 19 de febrero; n.º 160/2018, de 21 de marzo; n.º 202/2018, de 10 de abril; n.º 228/2018, de 18 de abril) sobre la fijación del *dies a quo* del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción por dolo al momento de producirse la consumación del contrato litigioso, en la medida en que la sentencia recurrida considera caducada dicha acción al situar el *dies a quo* en el momento en que se perfecciona el contrato (24 de julio de 2009), es decir, en un momento previo a la consumación del contrato litigioso."

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 13 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. y D.<sup>a</sup> María Rosario , presentó escrito en el que interpuso recurso de casación frente a la sentencia de 4 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 186/2018 dimanante del juicio ordinario n.º 432/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Jerez de los Caballeros".

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

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 6 de octubre de 2022, en que tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 24 de julio de 2009 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 92.500 €, entre Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz (actualmente, Ibercaja Banco S.A.), como prestamista; la compañía mercantil Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. unipersonal (en adelante, Ferrallas y Estructuras), como prestataria; y D. Dionisio y Dña. María Rosario, como fiadores solidarios.

El Sr. Dionisio era administrador y socio único de la sociedad prestataria.

La Sra. María Rosario era esposa del Sr. Dionisio, en régimen matrimonial de separación de bienes. No consta que hubiera desempeñado cargo orgánico o de gerencia en la sociedad prestataria.

2.- La finalidad del préstamo era refinanciar una línea de descuento de efectos mercantiles suscrita anteriormente por la sociedad Ferrallas y Estructuras, que se encontraba en descubierto.

3.- En la escritura de préstamo se contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo/techo del 7% y 12%, respectivamente), una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de amortización y una cláusula de interés de demora del 18%.

4.- Ferrallas y Estructuras y la Sra. María Rosario presentaron una demanda en la que ejercitaron: (i) una acción individual de nulidad de las indicadas condiciones generales de la contratación; (ii) subsidiariamente, una acción de nulidad por no incorporación de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés; (iii) subsidiariamente, una acción de nulidad parcial de dicha cláusula por inexistencia de consentimiento; (iv) subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental; y (v) subsidiariamente, una acción de indemnización por responsabilidad contractual.

5.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, al considerar que las cláusulas litigiosas superaban el control de incorporación y los demandantes habían sido plenamente conscientes de su existencia y trascendencia contractual.

6.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandantes. A los efectos que nos ocupan, consideró que la Sra. María Rosario no era consumidora, porque debía responder de las deudas de su esposo empresario, conforme a los arts. 6 y 7 CCom.

7.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación, que únicamente se refiere ya a la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés.

### SEGUNDO.- *Desestimación de los dos primeros motivos de casación por alterar la base fáctica*

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1258 CC, en relación con la ineficacia de las cláusulas suelo incluidas sorpresivamente en contratos de préstamo hipotecario en que el adherente sea un profesional.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial no tiene en cuenta la ausencia de información precontractual, la falta de experiencia financiera de los prestatarios y fiadores y la inclusión sorprendente de la cláusula suelo en una extensa condición general.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, sobre los requisitos del control de incorporación en los contratos de adhesión.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente sostiene, resumidamente, que los prestatarios y fiadores no tenían conocimiento de la existencia de la cláusula suelo.

3.- El recurso de casación debe respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica que: (i) no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida (en este caso, la información conocida por los prestatarios y fiadores sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo), ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados -petición de principio o hacer supuesto de la cuestión- (por todas, sentencia 484/2018, de 11 de septiembre).

Desde este punto de vista, resulta totalmente improcedente la revisión probatoria que subrepticamente pretende la parte recurrente, como si de un recurso de apelación se tratara, con manifiesto olvido de la funcionalidad y finalidad del recurso de casación. La Audiencia Provincial consideró probado que los demandantes recibieron con diecisiete días de antelación las condiciones financieras del préstamo, por lo que no puede ignorarse dicha conclusión e insistir en que hubo una imposición sorpresiva; e igualmente consideró



acreditado que tales condiciones eran plenamente conocidas por ellos cuando firmaron la escritura pública, por lo que superaban el control de inclusión a que se refieren los artículos de la LCGC citados en el segundo motivo. Y esta base fáctica no puede ser alterada en casación.

4.- Como consecuencia de ello, los dos primeros motivos de casación deben ser desestimados.

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

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 3 TRLCU, 6 y 7 CCom, y 1437 y 1440 CC, en relación con las sentencias de esta sala 594/2017, de 7 de noviembre, y 728/2018, de 20 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que la Sra. María Rosario no tenía vinculación funcional con el préstamo, porque ni formaba parte de la empresa prestataria, ni tenía capacidad decisoria en ella, ni tenía que responder de las deudas empresariales de su cónyuge, en cuanto que su régimen económico-matrimonial era el de separación de bienes.

3.- Al oponerse al motivo, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por no respetar los requisitos formales de formulación y alterar la base fáctica.

Dichas alegaciones no pueden ser atendidas, porque el motivo reúne los requisitos básicos de cita de las normas sustantivas infringidas y la jurisprudencia que se considera vulnerada. Y en cuanto a la base fáctica, no discute una valoración probatoria, sino una valoración jurídica, sobre la condición legal de consumidora conforme a la doctrina de la vinculación funcional emanada de la jurisprudencia del TJUE y desarrollada por esta sala.

**CUARTO.-** *Contrato con consumidores. Pluralidad de intervinientes. Vinculación funcional. Condición legal de consumidora de la esposa fiadora en régimen de separación de bienes*

1.- Los arts. 6 y 7 CCom que se citan como infringidos en el motivo han sido derogados (junto con los arts. 8 a 12 del mismo texto legal) por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Sin embargo, como estaban en vigor cuando se firmó el contrato litigioso y la Ley derogatoria no contiene ninguna norma de derecho inter temporal que impida su aplicación, serán tomados en consideración para la resolución del motivo.

2.- La jurisprudencia del TJUE sobre contratos en que intervienen una pluralidad de obligados de los cuales unos pueden tener la cualidad legal de consumidores y otros no, constituida fundamentalmente por el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, *Tarcău*), y el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dumitras*), con remisión a la sentencia *Dietzinger* (sentencia de 17 de marzo de 1998, C-45/96), excluye la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un "vínculo funcional" con el contratante profesional; es decir, no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación.

3.- Cuando se trata de cónyuges, a estos efectos de la vinculación funcional, las sentencias 594/2017, de 7 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; y 203/2020 y 204/2020, ambas de 28 de mayo, consideraron que la tiene el cónyuge no comerciante por las deudas empresariales del otro cónyuge empresario, de las que responde legalmente, conforme a los arts. 6 y 7 del Código de Comercio (CCom), lo que excluye su tratamiento como consumidor. Pero en los casos resueltos por tales sentencias los cónyuges estaban sujetos al régimen económico-matrimonial de gananciales.

En la sentencia 599/2020, de 12 de noviembre, advertimos que los arts. 6 a 12 CCom estaban concebidos, básicamente, para regímenes económico-matrimoniales de comunidad de bienes actual o diferida entre los cónyuges (en el Derecho común, la sociedad de gananciales); sin perjuicio de que alguna de las reglas contenidas en tales preceptos pudiera aplicarse a regímenes de separación de bienes, habida cuenta que en éstos, para que los bienes del cónyuge no comerciante quedaran vinculados a la actividad comercial del otro cónyuge, sería necesario el consentimiento expreso, en los términos del art. 9 CCom.

4.- En el régimen de separación de bienes, que era el que tenían los intervinientes en el contrato litigioso, puesto que no existe patrimonio común entre los cónyuges, si no media consentimiento expreso para que respondan los bienes del otro cónyuge, no puede haber responsabilidad común por el ejercicio empresarial de uno de ellos; de tal manera que las deudas contraídas por el cónyuge empresario serán propias y no responderá de ellas el otro cónyuge, como previene el art. 1440 CC, al que se refiere el motivo.

5.- Como consecuencia de lo expuesto, no cabe considerar que la Sra. María Rosario, en cuanto que fiadora o esposa del otro fiador, tuviera vinculación funcional con el negocio mercantil instrumentado en la escritura de préstamo hipotecario. Lo que unido a que no consta que desempeñara ningún cargo orgánico o de gerencia



en la sociedad prestataria, ni que tuviera participación en la misma, dado que es unipersonal, implica que no quepa excluir su cualidad de consumidora.

Esta conclusión conlleva la estimación de este motivo del recurso de casación, con las consecuencias que se determinarán más adelante, al asumir la instancia.

#### **QUINTO.-** *Cuarto motivo de casación. Dolo incidental*

*Planteamiento:*

- 1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1301 y 1969 CC, respecto del día inicial del plazo de caducidad de la acción de nulidad por dolo incidental.
- 2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que el plazo de caducidad comienza a computarse desde la consumación del contrato, y no desde su perfección, como ha apreciado la Audiencia Provincial.

*Decisión de la Sala:*

- 1.- En la sentencia de pleno 417/2020, de 10 de julio, establecimos que, a estos efectos de cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento (error o dolo), el contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien este haya designado), al tratarse del momento en que el cliente, que es la parte perjudicada por el vicio del consentimiento, recibe lo que la sentencia 89/2018, de 19 de febrero, denominó como "una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato".
- 2.- En consecuencia, como el dinero se entregó el 24 de julio de 2009 y la demanda se presentó el 21 de septiembre de 2016, la decisión adoptada por la Audiencia Provincial sobre la caducidad de la acción es correcta.

Lo que debe llevar, sin más, a la desestimación de este último motivo de casación.

#### **SEXTO.-** *Asunción de la instancia. Efectos de la calificación como consumidora de la fiadora*

- 1.- La estimación del tercer motivo de casación conlleva que debemos asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación. Y por los mismos fundamentos ahora expuestos, debemos estimar en parte el mismo, a los únicos efectos de considerar consumidora a la fiadora Sra. María Rosario .
- 2.- Sobre dicha base, una vez examinadas las actuaciones, no consta que la mencionada fiadora recibiera la información precontractual suficiente que le permitiera ser consciente de la carga jurídica y económica que representaba la cláusula suelo. Por lo que, respecto de la Sra. María Rosario , dicha cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio no superaba el control de transparencia.

Ahora bien, la consecuencia no puede ser la declaración de nulidad de la cláusula suelo, puesto que ello afectaría también a los contratantes no consumidores, sino la declaración de inoponibilidad de dicha cláusula suelo frente a la fiadora consumidora.

#### **SÉPTIMO.-** *Costas y depósitos*

- 1.- Habida cuenta la estimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.
- 2.- La estimación del recurso de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de sus costas, conforme al mismo art. 398.2 LEC.
- 3.- La estimación en parte de la demanda implica que no proceda hacer expresa imposición de las costas de primera instancia, a tenor del art. 394.2 LEC.
- 4.- Igualmente, debe acordarse la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y de casación, a tenor de 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 formulado por Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. unipersonal y Dña. María Rosario contra la sentencia núm. 52/2019, de 4 de febrero, dictada por la Sección Segunda de



la Audiencia Provincial de Badajoz, en el Recurso de Apelación núm. 186/2018, que casamos y anulamos en parte.

**2.º-** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. unipersonal y Dña. María Rosario contra la sentencia núm. 97/2017, de 16 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de los Caballeros, en el juicio ordinario núm.432/2016, que revocamos en parte.

**3.º-** Estimar en parte la demanda formulada por Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. unipersonal y Dña. María Rosario contra Ibercaja Banco S.A., en el único particular de declarar inoponible a la Sra. María Rosario la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 24 de julio de 2009; desestimándola en todas sus demás pretensiones.

**4.º-** No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de las causadas en ambas instancias.

**5.º-** Ordenar la devolución de los depósitos prestados para la interposición de los recursos de apelación y de 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.