



Roj: **STS 104/2023 - ECLI:ES:TS:2023:104**

Id Cendoj: **28079110012023100047**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2023**

Nº de Recurso: **1294/2019**

Nº de Resolución: **12/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2788/2018,**
STS 104/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 12/2023

Fecha de sentencia: 16/01/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1294/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2023

Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. SECCIÓN 5.^a

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

Sentencia de señalamiento adicional

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1294/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 12/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad Caixabank S.A., representada por la procuradora D.^a Elena Medina Cuadros y bajo la dirección letrada de D. Guillermo Solís Hernández, contra la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2018 dictada por la sección 5.^a de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 6465/2017, dimanante del procedimiento de juicio ordinario núm. 2409/2014, del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Sevilla. Ha sido parte recurrida D. Agustín y D.^a Elisabeth, representado por el procurador D. Julio Paneque Caballero, bajo la dirección letrada de D. Óscar Ignacio Arredondo Prieto.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. La representación procesal de D. Agustín y D.^a Elisabeth interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Caixabank S.A., en la que solicitaba que se:

"1.- Se declare la nulidad por abusiva, de la estipulación TERCERA BIS F, limitativa del interés variable del contrato de fecha 12 de agosto de 2.004 suscrito entre los coactores y la entidad demandada, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo-techo del 3, 50% y de techo del 10, 75% fijados en aquélla.

"2 (...).

"3.- Se condene a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que se han cobrado en exceso hasta el 1 de mayo de 2014 (...).

"4.- Se condene a la entidad demandada a que abone igualmente a los actores aquellas otras cantidades que se puedan cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento (...).

"5.- Todo ello, con imposición de las costas generadas, a la parte demandada".

2. La demanda fue repartida al juzgado de lo mercantil núm. 2 de Sevilla, que dio lugar al procedimiento de juicio ordinario núm. 2409/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. La representación procesal de la entidad Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado la desestimación de la demanda y la expresa imposición de las costas procesales de primera instancia a la parte demandante.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el juzgado de lo mercantil núm. 2 de Sevilla dictó la sentencia núm. 614/2016, de 13 de diciembre, con el siguiente fallo:

"Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Agustín y de D.^a Elisabeth, contra la entidad CAIXABANK, S.A.:

"1.- Declaro la nulidad por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia de las siguientes cláusulas financieras:

"a) PACTO TERCERO BIS, apartado F) de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha de 12 de agosto de 2.004 por la entidad Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, hoy CAIXABANK, S.A., a favor de los actores, autorizada por el Notario D. José María Florit de Carranza, con número de protocolo 939 y cuyo contenido es el siguiente: " (...) cuyo contenido máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a interés variable será del diez con setenta y cinco (10,75%) y del tres con cincuenta (3,500%) por ciento, respectivamente".

"b) PACTO SEXTO. Intereses de demora, de idéntica escritura y cuyo contenido es el siguiente: " (...) al tipo de interés nominal anual del 20,500% por ciento".

"La declaración de nulidad comporta:

"I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde el 9 de mayo de 2.013, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.



"II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, desde el día 9 de mayo de 2.013, más los intereses legales desde el día 9/06/14. El importe concreto de las cantidades será calculado en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución.

"2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

"3.- En cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes.

2. La resolución de estos recursos correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que los tramitó con el número de rollo 6465/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha de 27 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Julio Paneque Caballero en nombre y representación de los demandantes D. Agustín y D^a Elisabeth, y por el Procurador de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la entidad demandada CAIXABANK S.A., contra la Sentencia dictada el día 13 de diciembre de 2016, por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de lo Mercantil N^o 2 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario N^o 2409/14, de los que dimanar estas actuaciones, debemos revocar y revocamos parcialmente la citada Resolución en los siguientes particulares:

"1) en el relativo a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 12 de agosto de 2004 firmada por las partes y, en consecuencia, condenamos a la entidad demandada CAIXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes todo lo cobrado en exceso como consecuencia de la aplicación de la mencionada cláusula sin limitación en el tiempo.

"2) En lo relativo al apartado 1 b) del fallo, que dejamos sin efecto, y desestimamos la pretensión de nulidad de la estipulación sexta de la escritura de préstamo relativa a los intereses de demora.

"Confirmamos el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan o sean incompatibles con lo en ésta dispuesto.

"No ha lugar a hacer especial imposición de las costas originadas en esta alzada por ninguno de los dos recursos formulados".

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

1. La representación procesal de la entidad Caixabank S.A., interpuso recurso de casación, formulado al amparo del artículo 477.2.3ª LEC, mediante el que solicita que se case y anule la sentencia recurrida y se condene al demandante al pago de las costas procesales causadas.

El motivo único del recurso fue la infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC en adelante); y la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre el control de incorporación, fijada en las sentencias de esta sala de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 28 y 30 de mayo de 2018.

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, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

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 13 de diciembre de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para la resolución del presente recurso debemos partir de siguiente relación de hechos relevantes acreditados en la instancia:



1. Mediante escritura de 12 de agosto de 2004, la entidad recurrente -como parte prestamista- y los demandantes -como parte prestataria- formalizaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se pactó un interés remuneratorio fijo durante un primer período de vigencia del préstamo (hasta el 31-8-2005) y tras este primer periodo un interés variable, que incluía una cláusula "suelo-techo" siendo la limitación mínima de un 3, 50% nominal anual y la máxima de 10, 75% nominal anual (pacto tercero bis, folio 62 vuelto de las actuaciones de primera instancia).

2. El objeto del préstamo fue la compra de maquinaria de equipamiento, consistente en 41 máquinas de *vending*, ya "ubicadas y en explotación" que los demandantes debían abonar antes del día 31 de agosto de 2004 (folios 240 a 242 y 246 y 247 de las actuaciones de primera instancia).

3. Los demandantes, D. Agustín y D.^a Elisabeth interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad Caixabank S.A., en la que dedujeron acción de nulidad respecto de, entre otras, la expresada cláusula suelo-techo. Alegaron, entre otros argumentos, que la entidad recurrente no les había informado de que dicha cláusula era un elemento esencial del contrato y que desconocían la verdadera carga económica que suponía la incorporación de la referida cláusula al contrato.

4. El juzgado de primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad, por abusiva, de la referida cláusula suelo-techo, si bien limitó temporalmente los efectos restitutorios derivados de dicha declaración de nulidad al 9 de mayo de 2013 y los intereses legales desde el 9 de junio de 2014.

5. Ambas partes interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia. La Audiencia Provincial estimó parcialmente ambos recursos y, por lo aquí interesa, declaró que la cláusula impugnada era clara y que los demandantes intervinieron en el contrato de préstamo que nos ocupa como profesionales. Pese a lo cual concluye que no se había superado el control de incorporación por cuanto los demandantes no conocieron el verdadero y real alcance de la cláusula. En concreto, razonó:

"Pues bien, la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés incorporada a la escritura de préstamo de 12 de agosto de 2004 es clara, estableciendo que el tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable será del diez con setenta y cinco por ciento y del tres con cincuenta por ciento respectivamente. Su contenido es claro y fácilmente comprensible".

Y añadió:

"en el presente caso no se cumplieron con la rigurosidad exigible todos los deberes de información que hubieran permitido a la parte prestataria conocer el real y verdadero alcance de la cláusula de limitación de la variación de tipos de interés. La cláusula no supera en este caso el control de incorporación que exigen los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por lo que debe declararse su nulidad, confirmándose en este particular la sentencia recurrida".

6. Caixabank S.A. ha interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, basado en un único motivo, que fue admitido.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso

1. El recurso de casación de la entidad demandada, formulado por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3^a LEC, se fundamenta en único motivo, mediante el que se denuncia la infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y la doctrina de esta sala sobre el control de incorporación en los contratos en los que el adherente no es consumidor.

En desarrollo del mismo se alega que la sentencia recurrida no ha aplicado correctamente los mencionados preceptos legales, que se refieren al control de incorporación y no se extienden al control de transparencia. La sentencia recurrida extiende su análisis al control de transparencia pese a que los prestatarios no tienen la condición legal de consumidores en el contrato de préstamo concernido de 12 de agosto de 2004.

2. Los demandantes se han opuesto al recurso y han alegado como causas de inadmisión y de desestimación que lo que en rigor pretende el recurso no es discutir un concepto jurídico sino la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida.

Los argumentos de oposición de los demandantes no resultan admisibles pues el recurso se basa en la forma en que debe realizarse el control de incorporación en los contratos cuando el adherente no es consumidor, una fundamentación de tal clase constituye una cuestión de valoración jurídica propia del recurso de casación. No se prescinde pues de la apreciación de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial, sino que se discrepa de la aplicación del derecho que se incardina en el marco propio del recurso de casación (sentencias 282/2022, de 4 de abril, 283/2022, de 4 de abril y 469/2022, de 6 de junio).

TERCERO.- Decisión de la sala



1. Esta sala ha venido razonando de forma constante (por todas, sentencia 12/2020, de 15 de enero), que el control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2. La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el artículo 5, para establecer los requisitos de incorporación; y en el artículo 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.

b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

3. En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

4. Pues bien, en el caso sometido a la consideración de la sala, la cláusula litigiosa sí superan el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en una escritura pública y ser gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción, que es del siguiente tenor:

"cuyo tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a interés variable será del diez con setenta y cinco (10,750%) y del tres con cincuenta (3,50%) por ciento, respectivamente".

La cláusula "suelo-techo" discutida está incluida en la escritura de 12 de agosto de 2004, obrante al folio 62 vuelto de las actuaciones de primera instancia, en un epígrafe específico titulado "F) Límite a la variación del tipo de interés aplicable", dentro del "**PACTO TERCERO BIS. - Tipo de interés variable. Segunda Fase.-**" (la letra mayúscula y el resaltado en letra negrita y subrayado es transcripción literal de la escritura).

La propia sentencia recurrida así lo reconoce expresamente en página 11, en la que se dice:

"Pues bien, la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés incorporada a la escritura de préstamo de 12 de agosto de 2004 es clara, estableciendo que el tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable



será del diez con setenta y cinco por ciento y del tres con cincuenta por ciento respectivamente. Su contenido es claro y fácilmente comprensible".

La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Como hemos declarado en otras ocasiones, "la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida" (sentencias 688/2015, de 15 de diciembre, 402/2017, de 27 de junio, y 322/2018, de 30 de mayo). Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

5. Lo que la sentencia recurrida hace, en especial en su fundamento jurídico cuarto, no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en el cumplimiento de los requisitos de la orden ministerial de 5 de mayo de 1994, en la falta de información previa o en la insuficiencia de las advertencias notariales sobre la existencia de la cláusula (pp. 11 y 12), a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Esto es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.

Como ha afirmado reiteradamente esta sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb ; de 30 de abril de 2014 , asunto C-26/13, caso Kásler y Kásler Rábai ; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , caso Matej; y de 23 de abril de 2015, asunto C- 96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Pero, como igualmente hemos dicho de forma reiterada, el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor. Y la sentencia recurrida no discute que en el contrato que nos ocupa los demandantes, como prestatarios, ostentaban la condición de adherentes no consumidores. En efecto, la sentencia recurrida razona en su fundamento jurídico segundo, párrafo quinto (p. 6), que

"Por ello ha de declararse acreditado que el préstamo tenía por finalidad la financiación de las actividades empresariales o profesionales de los demandantes. En definitiva, se trató claramente de un acto con finalidad mercantil o empresarial. Por otro lado, los demandantes no han efectuado prueba alguna para acreditar que el préstamo lo destinaron a una finalidad distinta de la adquisición de máquinas para integrarlas en la explotación de su actividad profesional. (...) Es más fácil la acreditación de un hecho positivo, como es la condición de consumidor con la que se contrata, que negativo, teniendo los demandantes a su disposición de manera fácil y simple los medios probatorios necesarios para acreditar la condición con la que contrataron.

"Las cláusulas objeto de este pleito figuran insertas, por consiguiente, en un contrato de préstamo hipotecario firmado por la entidad de crédito demandada con los demandantes que recibieron el dinero prestado para adquirir cuarenta y una máquinas de vending para incorporarlas a su actividad empresarial. A este contrato no le es aplicable (...) [el] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre".

6. El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las 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; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre , 353/2018, de 13 de junio , 209/2019, de 5 de abril y 433/2019, de 17 de julio).

Constituye, en este sentido, un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTS 727/2018, 20 de diciembre ; 9/2019, de 11 de enero ; 93/2019, de 14 de febrero ; 128/2019, de 4 de marzo ; 188/2019, de 27 de marzo ; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo, las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), vienen entendiendo que:

"[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

7. Pero, como ya se ha dicho, la aplicación de este control de transparencia material está vedado en la contratación entre empresarios. En este caso, la sentencia recurrida no discute el hecho de que el préstamo fuera otorgado exclusivamente para financiar la actividad empresarial de los demandantes, dedicados a la explotación de máquinas del tipo *vending*. En concreto, el objeto del préstamo no tuvo por objetivo la satisfacción de las propias necesidades de consumo privado de los demandantes sino la compra de maquinaria de equipamiento, consistente en 41 máquinas de *vending*, ya "ubicadas y en explotación" que los demandantes debían abonar antes del día 31 de agosto de 2004 (folios 240 a 242 y 246 y 247 de las actuaciones de primera instancia).

Como hemos declarado en las sentencias 230/2019, de 11 de abril y 533/2019, de 10 de octubre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora fueron resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, apartado 17)".



Y como ha dicho esta sala en la citada sentencia 533/2019, de 10 de octubre, desde ese punto de vista, en la fecha que se concertó el contrato, era irrelevante que los demandantes fueran empresarios del ramo del *venting* por cuenta propia y a título personal o bajo un amparo societario.

8. La exclusión de la cualidad de consumidor en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de transparencia material, 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; 414/2018, de 3 de julio; y 230/2019, de 11 de abril, entre otras).

CUARTO.- *Consecuencias de la estimación del recurso de casación.*

1. En consecuencia, el recurso de casación de la entidad demandada debe ser estimado.

2. Dado que la parte demandante se aquietó al pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia que le fue desfavorable (punto 1.b/ de la sentencia de primera instancia, relativo a los intereses de demora), la estimación del recurso de casación conlleva la estimación del recurso de apelación de la demandada, la desestimación del recurso de apelación de la demandante y la íntegra desestimación de la demanda, por cuanto, por un lado, no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor y, por otro lado, la cláusula sometida a examen supera el control de incorporación.

QUINTO.- *Costas procesales y depósitos*

1. Al haberse estimado los recursos de casación y de apelación de la demandada, no procede realizar mención especial sobre las costas procesales causadas por ellos, según previene el art. 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación de los demandantes y la íntegra desestimación de la demanda, por lo que habrán de imponerse a los demandantes el pago de las costas procesales de primera instancia y las causadas por su recurso de apelación, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC (sentencia del Pleno de la Sala 419/2017, de 4 de julio).

3. Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos por la demandada para interponer los recursos de casación y de apelación y declarar la pérdida del constituido para interponer el recurso de apelación por los demandantes, al que se dará el destino legalmente previsto, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Caixabank S.A.

2.º- Casar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2018, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 6465/2017, que se modifica en el sentido de declarar la validez de la cláusula limitativa de la variación del interés remuneratorio contenida en la escritura de 12 agosto de 2004, autorizada por el Sr. Notario José María Florit de Carranza, al número 939 de su protocolo, por el que se formalizó entre las partes litigantes el préstamo con garantía hipotecaria objeto de este procedimiento.

3.º- Desestimar el recurso de apelación de D. Agustín y D.ª Elisabeth, y estimar el recurso de apelación de la entidad Caixabank S.A., ambos interpuestos contra la sentencia núm. 614/2016, de 13 de diciembre, dictada por el juzgado de lo mercantil núm. 2 de Sevilla, en el procedimiento de juicio ordinario núm. 2409/2014, que se revoca íntegramente y se deja sin efecto jurídico alguno, quedando la demandada absuelta de cuantas pretensiones habían sido deducidas contra ella en este procedimiento.

4.º- No realizar mención especial sobre las costas procesales de los recursos de casación y de apelación interpuestos por la demandada y condenar a la parte demandante al pago de las costas procesales de primera y segunda instancia.

5.º- Acordar la devolución de los depósitos constituidos por la demandada para la interposición de los recursos de casación y de apelación y declarar la pérdida definitiva del depósito constituido por los demandantes para interponer el recurso de apelación, al que se dará el destino legalmente previsto.

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