



Roj: **STS 3846/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3846**

Id Cendoj: **28079110012022100700**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2022**

Nº de Recurso: **2283/2019**

Nº de Resolución: **712/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 446/2019,**  
**STS 3846/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 712/2022**

Fecha de sentencia: 26/10/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2283/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA SECCION N. 5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2283/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 712/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

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 Banca March S.A., representada por la procuradora D.ª Patricia Gómez Martínez, bajo la dirección letrada de D. José Eduardo Ruiz Martín, contra la sentencia núm. 163/2019, de 12 de marzo, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación núm. 49/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 654/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida D. Alejo , D. Andrés , D. Armando y D.ª Vicenta , representados por el procurador D. Javier Fraile Mena y bajo la dirección letrada de D.ª Nahikari Larrea Izaguirre.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Javier Fraile Mena, en nombre y representación de Alejo , D. Andrés , D. Armando y D.ª Vicenta , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banca March S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se declare la NULIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula "suelo") prevista en el EXPONEN I, apartado 2, subapartado 2.2, epígrafe 2.2.5, punto c) de la escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO, otorgada en fecha 8 de Julio de 2008 ante el Notario DON ANDRÉS ISERN ESTELA (Protocolo núm. 2011), y todo ello, con los efectos inherentes a dicha declaración de nulidad y, en particular:

Se condene a la demandada a la eliminación de la precitada cláusula.

· Se condene a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la referida cláusula, resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula y los que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previsto en la escritura de fecha 8 de Julio de 2008 y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de sentencia.

· Se condene a la demandada a reintegrar todas aquellas cantidades que pudiera percibir en exceso durante el presente procedimiento como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula.

· Se condene a la demandada a abonar el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la contraparte"

2.- Presentada la demanda y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, se registró con el núm. 654/2018. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora María Cinta Gómez Plasencia, en representación de Banca March S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la expresa imposición de costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca dictó sentencia n.º 596/2018, de 8 de octubre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMANDO COMO ESTIMO la demanda presentada por D. Alejo , D. Andrés , D. Armando y D.ª Vicenta , con Procurador Sr. Fraile Mena, frente a la entidad financiera BANCA MARCH S.A., con Procuradora Sra. Gómez Plasencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 8 de julio de 2008, y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula y restituir a la parte actora las cantidades pagadas en aplicación de la misma con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción, así como al pago de las costas procesales".

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

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 49/2019 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DOÑA MARIA CINTA GÓMEZ PLASENCIA, en representación de BANCA MARCH S.A., contra la Sentencia de fecha 8 de



octubre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario número 654/18, de que dimana el presente Rollo de Sala, CONFIRMAMOS los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Cinta Gómez Plasencia, en representación de Banca March S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCyU) y en el artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ( Directiva 93/13.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, interés casacional por contradecir la sentencia objeto de recurso la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con el concepto de consumidor en función del ámbito objetivo de la operación".

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 1 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Procede admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la indicada parte recurrente al concurrir, *prima facie*, los presupuestos y requisitos legalmente exigidos en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, no advirtiéndose, en esta fase, la concurrencia de causa alguna de inadmisión".

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 13 de octubre de 2022, en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- El 8 de julio de 2008 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 200.000 €, entre Banca March S.A., como prestamista, y D. Alejo, D. Andrés y D. Armando y Dña. Vicenta, como prestatarios.

En la escritura de préstamo se hizo constar la siguiente mención:

"La parte prestataria manifiesta a efectos fiscales que los cuatro hipotecantes antes indicados, a su vez parte prestataria solidaria, son los cuatro únicos comuneros de la Comunidad de Bienes denominada DIRECCION000 CB, con CIF número NUM000".

En el documento constitutivo de la citada comunidad de bienes consta que tiene por objeto la explotación de actividades relacionadas con la compraventa, enajenación, permuta y cualquier género de operación mercantil de inmuebles.

2.- La finalidad del préstamo era financiar la rehabilitación del inmueble hipotecado para destinarlo posteriormente a arrendamiento o venta.

3.- En la escritura de préstamo se contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo/techo).

4.- Los prestatarios presentaron una demanda en la que ejercitaron una acción individual de nulidad de la indicada condición general de la contratación y una acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

5.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, al considerar que la cláusula litigiosa no superaba el control de transparencia, declaró su nulidad y condenó a la entidad demandada a la restitución de las cantidades pagadas por los prestatarios como consecuencia de su aplicación.



6.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandantes. A los efectos que nos ocupan, consideró que, pese a la finalidad de rehabilitación del inmueble para venderlo o arrendarlo, no constaba que los prestatarios, por sí mismos o a través de la comunidad de bienes, se dedicaran con habitualidad a la realización de operaciones inmobiliarias, así como que la concreta operación de préstamo fue puntual y esporádica, dirigida a obtener el mayor rendimiento posible del inmueble común.

7.- La entidad demandada ha interpuesto un recurso de casación.

#### **SEGUNDO.-** *Planteamiento de los dos motivos de casación*

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 2 y 3 TRLCU y 2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial yerra al considerar consumidores a los prestatarios, cuando el destino del préstamo era profesional y coincidía con el objeto económico al que se dedicaba la comunidad de bienes.

La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación alegó la inadmisibilidad de este motivo, por alterar la base fáctica. Sin embargo, ello no es así, puesto que lo que impugna el recurso no es la valoración probatoria, sino la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial sobre un dato fáctico -la existencia de la comunidad de bienes y su mención en la escritura de préstamo, a fin de determinar si los prestatarios actuaban en un ámbito particular o profesional-.

2.- El segundo motivo de casación no es realmente tal, en cuanto que no denuncia la infracción de ninguna norma sustantiva, sino que consiste en una alegación sobre la concurrencia de interés casacional, por contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.- Como consecuencia de ello, solamente se examinará el primer motivo de casación, que es el único que tiene tal carácter.

#### **TERCERO.-** *Las comunidades de bienes como posibles consumidores. El ánimo de lucro*

1.- La STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (*Condominio di Milano*), declaró que si bien el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, limita el concepto de "consumidor" a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como "persona jurídica".

Además, con arreglo a los arts. 169.4 del TFUE y 8 de la Directiva 93/13, pueden adoptar medidas de protección de los consumidores más estrictas, siempre que sean compatibles con los tratados, de manera que pueden extender la aplicación de lo dispuesto en la citada directiva a las personas jurídicas o a las físicas que no sean consumidores en el sentido de esta.

En consecuencia, concluyó el TJUE que, aunque el condominio en derecho italiano (equivalente a la comunidad de propietarios española) no se encuentre comprendido en el concepto de "consumidor" en el sentido del art. 2, letra b), de la Directiva 93/13, los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de esta directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación.

2.- En el ejercicio de esas facultades de los Estados miembros, el art. 3.2 TRLCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, amplió el ámbito subjetivo del concepto de consumidor y pasó a considerar como tales no sólo a las personas físicas, sino también, en lo que ahora interesa, a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por esta razón, con anterioridad al citado pronunciamiento del TJUE, esta sala ya había reconocido, expresa o tácitamente, la cualidad de consumidores a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, ya fuera para enjuiciar la validez de una cláusula de sumisión expresa, o para resolver sobre cláusulas de penalización en caso de desistimiento de contratos de mantenimiento de ascensores. Y con posterioridad a la referida STJUE, la sentencia 201/2021, de 13 de abril, otorgó la cualidad de consumidora a una comunidad de propietarios respecto de un contrato de arrendamiento de servicios cuyo objeto era la prestación de servicios auxiliares de conserjería. Y concluyó que las comunidades de propietarios son consumidoras cuando contratan bienes y servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

3.- Sin embargo, en la redacción original del art. 3 TRLCU, vigente cuando se firmó el contrato litigioso, se reconocía la cualidad de consumidores tanto a las personas físicas como a las jurídicas, siempre y cuando actuaran en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, pero sin hacer mención alguna al ánimo de lucro. Fue posteriormente, en la redacción del art. 3 TRLCU conferida por la Ley 3/2014 cuando se indicó



expresamente que el ánimo de lucro es excluyente de la condición de consumidor en el caso de personas jurídicas o entes sin personalidad, pero no necesariamente en el caso de personas físicas. De su literalidad se desprende que el ánimo de lucro es incompatible con la cualidad legal de consumidor solo cuando se trata de personas jurídicas o entes sin personalidad, puesto que cuando el precepto se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad. Es decir, la Ley 3/2014 introdujo un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas y entes sin personalidad, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro (por ejemplo, un inversor).

En todo caso, lo determinante, conforme al art. 3 TRLCU, es la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

**4.-** Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha considerado que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión.

No obstante, sin apartarse de dicha regla general, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, fondos etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom (sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero; y sentencia 356/2018, de 13 de junio).

**5.-** Sobre tales bases, conforme a la legislación vigente a la fecha de celebración del contrato, ni respecto de las personas físicas que figuraron en la escritura como prestatarios, ni respecto de la comunidad de bienes que integraban, el ánimo de lucro excluía por sí mismo la condición de consumidor, puesto que lo determinante era la ajenidad a una actividad profesional o empresarial. Por lo que habrá que determinar si el préstamo litigioso se enmarcaba o no en dicho ámbito.

#### **QUINTO.- Resolución del recurso de casación**

**1.-** Sobre la base de lo expuesto en los fundamentos precedentes, primeramente debe resolverse si los prestatarios efectivos eran las personas físicas integrantes de la comunidad, en cuyo caso podría considerarse que eran consumidores aunque les moviera un ánimo de lucro puntual en esa concreta operación (como reconocimos en casos semejantes en las sentencias 356/2018, de 13 de junio, y 250/2022, de 29 de marzo), al no desarrollarse la operación como una actividad profesional o empresarial; o por el contrario la verdadera prestataria era la comunidad de bienes, aunque no pudiera figurar como tal en la escritura por su carencia de personalidad jurídica propia, pues en tal caso habría que determinar si actuaba empresarialmente o no, a los efectos del citado art. 3 TRLCU.

**2.-** En relación con ello, en la escritura de préstamo se hizo constar, a efectos fiscales, que los prestatarios constituían una comunidad de bienes y también consta que la mencionada comunidad se dedicaba a actividades relacionadas con la compraventa, enajenación, permuta y cualquier género de operación mercantil de inmuebles.

Este dato, que aisladamente podría ser significativo de que la auténtica prestataria era la comunidad de bienes, que a tales efectos ejercería como una empresa aunque no se hubiera constituido formalmente como sociedad (situación semejante a las que tratamos en la sentencia de pleno 469/2020, de 16 de septiembre, o en la sentencia 662/2020, de 10 de diciembre), no ha quedado confirmado por otras pruebas, por ejemplo a qué se destinó finalmente el inmueble y si fueron los comuneros o la comunidad, como empresa, quien lo arrendó o vendió, pues aunque la parte recurrente insiste en la existencia de actividad empresarial, no ha sido considerado como hecho probado por la Audiencia Provincial.

Por el contrario, de conformidad con lo declarado probado por la Audiencia Provincial, que es lo a que debemos atenernos en casación, no consta que los prestatarios, por sí mismos o a través de la comunidad de bienes, se dedicaran con habitualidad a la realización de operaciones inmobiliarias; sino que, a la inversa, lo que la sentencia recurrida da como probado es que la concreta operación de préstamo a que se refiere este litigio fue puntual y esporádica, dirigida a obtener el mayor rendimiento posible del inmueble común. Lo que no



excluiría, tanto respecto de los integrantes de la comunidad, como de la comunidad misma, su condición de consumidores.

3.- Como consecuencia de ello, debe desestimarse el recurso de casación.

**SEXTO.- Costas y depósitos**

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

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por Banca March S.A. contra la sentencia núm. 163/2019, de 12 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el Recurso de Apelación núm. 42/2019.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.