



Roj: **STS 3802/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3802**

Id Cendoj: **28079110012017100559**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2017**

Nº de Recurso: **1279/2015**

Nº de Resolución: **587/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 20/2015 de 5 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 313/2014 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Donostia, sobre nulidad de cláusula suelo. El recurso fue interpuesto por D. Jaime, representado por la procuradora D.ª María Concepción Tejada Marcelino y asistido por la letrada D.ª Isabel Iglesias Molins. Es parte recurrida Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López y asistida por el letrado D. Luis Piñeiro Santos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Fernando Mendavia González, en nombre y representación de Jaime, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa Galicia, - NCG Banco S.A. - en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que:

- » 1.- Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas y por falta de transparencia, de la condición general de la contratación descrita en el hecho Primero de la demanda, que establece un tipo mínimo y máximo de referencia en el contrato de préstamo hipotecario a interés variable.
- » 2.- Condene a la demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.
- » 3.- Condene a la demandada a la devolución al prestatario de la cantidad de 26.384,50 euros, correspondiente a todo lo cobrado hasta el momento de la presentación de esta demanda -marzo 2014 incluido- en virtud de la aplicación de la cláusula de tipo mínimo, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.
- » 4.- Condene a la entidad demandada al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por estos en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva de este procedimiento.
- » 5.- Condene a la demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización excluyendo la cláusula impugnada, contabilizando el capital que debió de ser amortizado según las características del préstamo.
- » 6.- Condene a la entidad bancaria demandada a abonar a mi representado el interés legal incrementado en dos puntos a partir de la Sentencia conforme a lo establecido en el art. 576 LEC.
- » 7.- Condene al pago de las costas judiciales a la demandada».



2.- La demanda fue presentada el 4 de abril de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Donostia y fue registrada con el núm. 313/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María José Idarreta Gabilondo, en representación de NCG Banco S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa imposición de costas a la parte adversa.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Donostia, dictó sentencia 343/2014 de 17 de octubre , con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Estimar en lo esencial la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Mendavia González, en nombre y representación de D. Jaime contra NCG Banco S.A.

» 2.- Declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 20 de agosto 2007 (doc. N° 1 demanda), firmado entre el demandante y NCG Banco S.A. en cuanto dice "...sin que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del diez enteros por ciento ni ser inferior al cuatro enteros (sic) por ciento, límites máximo y mínimo a la variación del interés convenidos conjunta e inseparablemente por la Caja y el prestatario".

»3.- Condenar a NCG Banco S.A. a devolver al demandante todas las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de la aplicación de tal condición general declarada nula desde el 31 de agosto de 2011, con su interés legal desde cada vencimiento abonado hasta hoy, devengando el total que resulte de sumar el interés debidamente cobrado y el interés legal señalado, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes.

» 4.- Condenar a NCG Banco S.A. al pago de las costas del procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG Banco S.A. La representación de D. Jaime se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 2040/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 50/2015 de 5 de marzo , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de NCG Banco S.A. contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2014 por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián en autos número 313/2014, revocando la misma y, en su lugar, se dicta nueva sentencia por la que se desestima la demanda interpuesta por el procurador D. Fernando Medavia González, en nombre y representación de D. Jaime , contra NCG Banco, S.A. y se absuelve a esta de los pedimentos formulados contra ella en el escrito de demanda, con expresa imposición de costas a la demandante.

» No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada.

» Devuélvase a NCG Banco S.A. el depósito constituido para recurrir expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

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

1.- El procurador D. Fernando Mendavia González, en representación de D. Jaime , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Interés casacional al amparo de los artículos 477.1 , 477.2.3 ° y 477.3 de la LEC , por infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988 de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), en la relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, Rec 482/2012 , y su auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas de tipo mínimo o suelo en préstamos hipotecarios a interés variable».

«Segundo.- Interés casacional al amparo de los artículos 477.1 , 477.2.3 ° y 477.3 de la LEC , por infracción del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios y otras leyes complementarias , en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia) de las condiciones generales de la contratación, e infracción de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia del Pleno



de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec 485/2012 , y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable».

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 5 de julio de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- Abanca Corporación Bancaria S.A. (por cambio de denominación social de NCG Banco, S.A.) se opuso al recurso de casación interpuesto.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Ha quedado fijado en la instancia que el demandante concertó un préstamo hipotecario con la finalidad de adquirir un local de oficina, situado junto al palacio de justicia de San Sebastián, que arrendó al despacho de abogados del que el propio demandante formaba parte.

El préstamo hipotecario fue concertado a un tipo de interés variable, con un suelo del 4%.

2.- El demandante interpuso una demanda en la que solicitaba que se declarara la nulidad de la cláusula que establecía un tipo mínimo y máximo de referencia en el contrato de préstamo hipotecario a interés variable, por ser abusiva, se eliminara del contrato y se le restituyera lo cobrado por la aplicación de la cláusula, con sus intereses.

Como puntualiza la Audiencia, el demandante basó su acción de nulidad en el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al fundar la pretensión de nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo en su carácter de abusiva y en la falta de transparencia, en aplicación de la normativa de **consumidores** y usuarios.

3.- El juzgado mercantil estimó sustancialmente la demanda al considerar que no es necesaria la condición de **consumidor** del demandante para que operen los efectos protectores del adherente que garantiza la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

El juzgado entendió que aunque el banco había entregado al demandante, con tres días de antelación al otorgamiento de la escritura de préstamo, una oferta vinculante en la que aparecía la cláusula suelo, no era suficiente para considerar cumplido el requisito de información expresa que contiene el art. 5.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . Por ello, consideró de aplicación la doctrina contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y conforme a lo dispuesto en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , declaró la nulidad de la cláusula suelo por no ser transparente.

4.- El banco demandado apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación.

La razón fundamental en la que la Audiencia basó la estimación del recurso fue que el control de transparencia solo es aplicable a las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con **consumidores**, y el demandante no celebró el contrato como **consumidor**.

La cláusula suelo debía considerarse incorporada al contrato puesto que se informaba de su existencia en la oferta vinculante que, pese a no ser preceptiva porque el préstamo se concertó para la adquisición de una oficina, el banco entregó al demandante con tres días de antelación, y la redacción de la cláusula en la que se contiene no es ilegible, ambigua, oscura ni incomprensible.

5.- El demandante ha interpuesto recurso de casación basado en dos motivos, que han sido admitidos a trámite.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso*

1.- El epígrafe del primer motivo denuncia la «infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1988 de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), en la relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación), con infracción de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, Rec 482/2012 , y su auto de



aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas de tipo mínimo o suelo en préstamos hipotecarios a interés variable».

2.- El desarrollo del motivo se hace al modo de un escrito alegatorio, en el que se mezclan cuestiones muy diversas, tales como:

i) Para la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, es indiferente que el adherente tenga o no la condición de **consumidor**.

ii) La sentencia de la Audiencia Provincial yerra al negar al demandante la condición de **consumidor**, dado que los hechos en que basa esta calificación no son correctos. El recurrente explica la versión de los hechos que sostiene para sustentar su condición de **consumidor**.

iii) La conclusión de que el banco informó al demandante sobre la existencia de la cláusula suelo se basa en una valoración errónea de la prueba practicada puesto que la Audiencia Provincial no toma en consideración lo que el propio demandante declaró en la prueba de interrogatorio de parte.

iv) El notario incumplió los deberes que le impone la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

TERCERO.- Decisión del tribunal. Defectuosa formulación del motivo. Desestimación del mismo

1.- El motivo del recurso incurre en defectos que debieron determinar su inadmisión.

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación supone la exigencia de claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y que en el desarrollo del motivo se justifique la existencia de esa infracción normativa enunciada en el epígrafe, y no de otras diferentes. Estas exigencias se traducen también, no sólo en la necesidad de que la estructura del recurso de casación sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado, que no es compatible con el acarreo de argumentos heterogéneos, inconexos o de diversa naturaleza.

Asimismo, en el recurso de casación es preciso respetar la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y la fijación de hechos contenida en la misma. En este sentido, esta sala ha declarado que no es posible transformar la casación en una tercera instancia.

2.- El recurrente ha incumplido de un modo claro estas exigencias.

No respeta la valoración de la prueba realizada en la sentencia de la Audiencia Provincial. Niega los hechos en que tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial basaron su conclusión de que el demandante no intervino en el contrato como **consumidor**, e intenta introducir su propia versión de los hechos de la que resultaría la comisión de una infracción legal, por lo que incurre en el defecto de petición de principio.

3.- Asimismo, el recurrente mezcla cuestiones heterogéneas en el desarrollo del motivo, algunas de ellas (como la relativa a la condición de **consumidor** del demandante) desconectadas con la infracción legal que se denuncia en el epígrafe del motivo (infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

4.- En definitiva, se trata de un motivo de tipo alegatorio, en el que el recurrente pretende que este tribunal se convierta en una tercera instancia y resuelva cuestiones tanto fácticas como jurídicas y que no identifica con precisión y claridad la infracción legal cometida, ni la desarrolla adecuadamente, mezclando argumentos sobre cuestiones heterogéneas.

5.- Por último, y a efectos de agotar el razonamiento, el recurrente alega la infracción de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, cuando tanto el juzgado como el tribunal de apelación afirmaron que esa norma no era aplicable al préstamo litigioso, concertado para la adquisición de una oficina y no de una vivienda, sin que el recurrente haya desvirtuado esta objeción.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo

1.- El epígrafe del segundo motivo del recurso de casación denuncia la «infracción del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios y otras leyes complementarias, en relación a los requisitos de legalidad (control de transparencia) de las condiciones generales de la contratación, e infracción de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec 485/2012, y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable».

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente expone ampliamente la doctrina contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, sobre el control de transparencia de las llamadas «cláusulas suelo», de la que transcribe extensos párrafos, y concluye que la cláusula objeto del litigio no cumple los requisitos para superar el control de transparencia, tal como se configuran en esa sentencia.

QUINTO.- Decisión del tribunal. El control de transparencia vinculado a la previsión del art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas solo es aplicable en los contratos concertados con **consumidores**

1.- 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, y 57/2017, de 30 de enero.

2.- Hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con **consumidores**. La sentencia invocada por el recurrente en su recurso, la 241/2013, de 9 de mayo, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. En la sentencia 227/2015, de 30 de abril, añadimos:

«[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de **consumidor** o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente.

»[...] las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de **consumidor** o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que solo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC».

3.- El 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.

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.

4.- Esta conexión entre transparencia material y abusividad ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso *Gutiérrez Naranjo*, al decir en su párrafo 49 que «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13». Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia material en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de **consumidor**. En la más reciente sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriuc*, párrafo 43, el TJUE ha declarado que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la Directiva solo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible.

5.- Para finalizar, hemos declarado en sentencias anteriores que 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 corresponde a los tribunales la configuración de un *tertius genus* [tercer género] que no ha sido establecido legislativamente, pues 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**.

6.- Como conclusión, estando sentado que el demandante no intervino en el contrato de préstamo como **consumidor**, la Audiencia Provincial, en su sentencia, no ha podido infringir el art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios ni la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de Pleno, 241/2013, de 9 de mayo (reiterada en varias posteriores), sobre el control de transparencia de las condiciones generales que contienen una «cláusula suelo» en contratos celebrados con **consumidores**, puesto que la aplicación tanto de la citada norma legal como de la doctrina jurisprudencial exigen la condición de **consumidor** del adherente.



SEXO .- *Costas y depósito*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas al recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Jaime, contra la sentencia 50/2015 de 5 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 2040/2015. 2.º- Imponer al recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido. 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.