



Roj: **STS 2566/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2566**

Id Cendoj: **28079110012018100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **3365/2015**

Nº de Resolución: **414/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1746/2015,**
STS 2566/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 414/2018

Fecha de sentencia: 03/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3365/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MJG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3365/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 414/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 3 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Caja Rural de Asturias S.C.C., representada por la procuradora D.^a María Moreno de Barreda, bajo la dirección letrada de D. Rafael Monsalve del Castillo, contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2015, dictada por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm. 318/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 69/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo. Sobre condiciones generales de la contratación -cláusula suelo-. Ha sido parte recurrida D.^a Maribel y D. Eduardo, representados por la procuradora D.^a María Dolores de la Plata Corbacho y bajo la dirección letrada de D. David Mayo Álvarez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Pilar Montero Ordóñez, en nombre y representación de D. Eduardo y D.^a Maribel, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando la demanda, se declare:

- En primer lugar, la nulidad radical por abusiva de LA CLÁUSULA FINANCIERA TERCERA BIS ("TIPO DE INTERÉS VARIABLE), APARTADO CUARTO ("LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS"), DEL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA de fecha 19 de mayo de 2005, y con vencimiento el 19 de mayo de 2025, cláusula que establece una limitación al tipo de interés aplicable, fundada en la existencia de graves vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, incumplimiento y vulneración del deber de transparencia, incumplimiento grave del deber de información e información defectuosa proporcionada por la entidad demandada, vulneración de las referidas normas de protección de los consumidores y usuarios, haciendo de esta cláusula una cláusula abusiva al haber aplicado un límite a la revisión del tipo de interés variable mínimo.

En consecuencia y en segundo lugar la solicitud de que se condene a Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito a eliminar dicha cláusula del contrato en el que se inserta, declarando la subsistencia de todas las demás cláusulas en lo que resulte en vigor, y consiguientemente a que se indemnice a nuestros poderdantes al importe de las cantidades cobradas en exceso desde la constitución del préstamo hipotecario como consecuencia de la aplicación de referida cláusula limitativa de los tipos de interés pactada en la referida escritura de préstamo hipotecario de fecha 19 de mayo de 2005, en virtud de la acción de reclamación de cantidad ejercitada, que se incrementarán con los intereses generados desde el momento en que se fueron devengando las mensualidades y hasta su completo pago, manteniendo en lo vigente las demás cláusulas del contrato que no hayan sido impugnadas.

- Finalmente, que se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales causadas en este procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 349 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.- La demanda fue presentada el 28 de enero de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo, fue registrada con el núm. 69/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a M.^a Ángeles Pérez-Peña del Llano, en representación de Caja Rural de Asturias S.C.C., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte Sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a CAJA RURAL DE ASTURIAS S.C.C. de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Montero Ordóñez, en la representación de autos, contra Caja Rural de Asturias, SCC, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas en la demanda, todo ello sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Eduardo y de D.^a Maribel.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 318/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 22 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Se estima el recurso de apelación interpuesto por Don Eduardo y Doña Maribel contra la sentencia dictada en fecha veintisiete de mayo de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se REVOCA y en su lugar dictamos otra por la que se estima la demanda formulada y declaramos no incorporada al contrato de litigio constituido entre partes la cláusula financiera 3 bis por la que se establece una limitación a la variación del tipo de interés remuneratorio a la baja del 3%, condenando a la demandada a restituir a los actores, con sus intereses, las sumas percibidas en razón de su aplicación, con imposición al demandado de las costas de la instancia.

No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada».

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Ángeles Pérez-Peña del Llano, en representación de Caja Rural de Asturias S.C.C., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo de los arts. 469.2º y 4º LEC . Infracción de los arts. 399.1 , 400 y 412 LEC , en relación con los arts. 216 , 218.1 LEC y 24 CE . Incongruencia y principio de justicia rogada».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC : Infracción de las normas contenidas en los arts. 5.5 y 7 de la LCGC Y 1.1 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y de la interpretación que de ellos realiza la STS 9/05/2013 .

Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , contravención de la doctrina sentada por la STS 25/3/2015 , e infracción de las normas contenidas en los artículos 9.3 de la Constitución Española , 1.6 y 1303 del Código Civil , aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Caja Rural de Asturias S.C.C. contra la sentencia dictada, el día 22 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 318/2015 , dimanante del juicio ordinario nº 69/2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo».

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 17 de mayo de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 19 de mayo de 2005, D. Eduardo y Dña. Maribel , como prestatarios, casados en régimen de gananciales, y la Caja Rural de Asturias S.C.C. (en adelante, Caja Rural), como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 178.000 €, con un tipo de interés variable del Euribor más 1,25%. No obstante, se incluyó una cláusula, tercera bis 4.ª, del siguiente tenor:

«Límites a la variación del tipo de interés. En todo caso, el tipo de interés resultante de cada variación no podrá ser superior al 15%, ni inferior al 3,00 por ciento».

La finalidad del préstamo fue la financiación de la compra de una licencia de taxi.

Como hipotecante no deudora intervino Dña. Benita , dueña de la finca hipotecada en garantía del préstamo, que no es parte en el procedimiento.



2.- Los Sres. Eduardo y Maribel interpusieron una demanda contra Caja Rural, en la que solicitaron que se declarase la nulidad de la mencionada cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se ordenara la restitución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.

3. - La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por las siguientes y abreviadas razones: (i) los demandantes no son consumidores, por lo que no resulta aplicable su legislación especial; (ii) como consecuencia de ello, no proceden los controles de transparencia y abusividad; (iii) tampoco hubo error en el consentimiento, porque ni el contrato es complejo, ni se ha acreditado por los demandantes la concurrencia de dicha representación errónea.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, al considerar que la condición general controvertida no superaba el control de incorporación. En su virtud, estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula suelo y ordenó la restitución de las prestaciones.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Único motivo de infracción procesal. Incongruencia. Principio dispositivo

Planteamiento :

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1, apartados 2.º y 4.º, LEC , por infracción de los arts. 399.1 , 400 y 412 LEC , en relación con los arts. 216 y 218.1 LEC y el art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia declara la nulidad de la cláusula litigiosa por una causa distinta de la que se pedía en la demanda, ya que en ésta nunca se mantuvo que la misma no superase el control de incorporación. En consecuencia, la sentencia recurrida incurre en incongruencia y sitúa a la parte demanda en efectiva indefensión.

3. - La parte recurrida, al oponerse al recurso, alegó la inadmisibilidad de este único motivo de infracción procesal, porque no se había denunciado dicha supuesta infracción en la instancia y porque el tribunal podía controlar de oficio la corrección de la condición general de la contratación objeto de litigio.

Tales alegaciones no pueden ser atendidas. Si la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita* , como se denuncia en el recurso, no hay más posibilidad procesal de denunciar dicha infracción que la que permite el recurso ahora interpuesto. Y el control de oficio está previsto para los contratos con consumidores, no cuando los adherentes no lo son, por lo que si la Audiencia Provincial indicó expresamente en su sentencia que los demandantes no eran consumidores, no podía después darles trato de tales.

Decisión de la Sala :

1.- El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC , al decir:

«Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre , recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC).

2.- Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE , cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes que, al no tener conciencia del alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decidir si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo solicitado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*contra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.



3.- En el encabezamiento de la demanda, antes de la exposición de hechos, se dice textualmente, en mayúsculas y en negrita, que se ejercitan las siguientes acciones:

«Acción de nulidad radical de la cláusula tercera bis ("Tipo de interés variable", apartado cuarto ("Límites a la variación del tipo de interés") del préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de mayo de 2005 y con vencimiento el 19 de mayo de 2005, cláusula que establece una limitación al tipo de interés aplicable, fundada en la existencia de graves vicios invalidantes de la prestación del consentimiento, incumplimiento y vulneración del deber de transparencia, incumplimiento grave del deber de información e información defectuosa proporcionada por la entidad demandada, vulneración de las referidas normas de protección de los consumidores y usuarios, haciendo de esta cláusula una cláusula abusiva, al haber aplicado un límite a la revisión del tipo de interés variable mínimo».

Es decir, ya en la introducción a la demanda no se hace mención alguna al control de incorporación, sino que se habla de vicio del consentimiento, falta de transparencia y abusividad.

Pero es que en el resto del extensísimo alegato fáctico y jurídico que se hace a continuación (la demanda ocupa nada menos que 113 páginas, si bien muchas de ellas son simples copias de múltiples resoluciones de todo tipo de órganos judiciales), tampoco se contiene ninguna mención al control de incorporación, ni se argumenta con base en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), que son los preceptos donde se configura el mismo. Así, en el hecho quinto, con cita de los arts. 80 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU), se tratan los criterios para considerar abusiva una cláusula contractual. En el hecho séptimo se argumenta que la cláusula no es transparente. En el fundamento jurídico quinto se reitera literalmente el párrafo sobre ejercicio de acciones que se incluyó en el encabezamiento y que hemos transcrito más arriba. En el fundamento de derecho sexto, titulado «Fondo del asunto», se reproducen literalmente los arts. 80, 82, 1, 2, 7, 8 y 9 TRLGCU, pero pese a la transcripción del art. 7 no se dice nada sobre un posible control de incorporación, sino que, a continuación de la reproducción de los indicados preceptos legales, se añade:

«La nulidad de pleno derecho de las condiciones generales de la contratación está prevista en el artículo 8 de la Ley 7/1998, que distingue en sus dos apartados dos tipos de nulidad: la nulidad de las condiciones generales que sean contrarias a la Ley y la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas».

Y acto seguido, se centra en la abusividad de la cláusula, por ser contraria a la buena fe y generar un evidente desequilibrio en perjuicio del adherente. Por último, se desarrolla una postrera argumentación relativa a la demostración de que se prestó el consentimiento viciado por error, lo que fundamentaría la anulabilidad del contrato. Para acabar, nuevamente, hablando del control de transparencia.

En suma, en ningún momento se postuló en la demanda que la cláusula suelo no superase el control de incorporación, ni que hubiera que realizar un control de tal naturaleza.

4.- Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida altera la causa de pedir y, como consecuencia de ello, resulta incongruente e infringe el art. 218.1 LEC. Por lo que debe estimarse el recurso de infracción procesal y de conformidad con lo previsto en la regla 7.ª de la Disposición Final Decimosexta LEC, debe anularse la sentencia recurrida y dictarse nueva sentencia, para resolver el recurso de apelación, teniendo también en cuenta lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

TERCERO.- *Asunción de la instancia. Recurso de apelación*

1.- La primera cuestión que debe resolverse, una vez asumida la instancia, es si los demandantes tenían la cualidad legal de consumidores. Cuando se firmó el contrato todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establecía en su art. 1.3:

«No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

2.- No se discute que el préstamo se solicitó para pagar una licencia de taxi, que es la actividad profesional del Sr. Eduardo. Resulta evidente, pues, que el destino del préstamo no era una actividad de consumo y que no se solicitó en un marco ajeno a una actividad empresarial o profesional, sino precisamente en dicho ámbito.

Respecto a la esposa co-prestataria, la deuda es ganancial y por tanto no es ajena a la finalidad empresarial del préstamo, puesto que está vinculada funcionalmente con el contratante profesional, conforme a los arts. 1365-2 CC y 6 y 7 CCom (sentencia de esta sala 594/2017, de 7 de noviembre, y las sentencias del TJUE que en ella se citan). Por lo que tampoco le resulta aplicable la legislación de consumidores.

En cuanto a la fiadora, ningún pronunciamiento cabe hacer al respecto, puesto que no ha sido demandante.



3.- Como en la demanda se ejercitó una acción de nulidad por falta de transparencia y subsiguiente abusividad de la cláusula que limitaba la variabilidad del tipo de interés pactado, resulta claro que tales controles de transparencia y abusividad son inadecuados, por no tratarse de un contrato celebrado con consumidores, 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 ; y 639/2017, de 23 de noviembre ; entre otras).

4.- También resulta improcedente la acción de nulidad por error vicio del consentimiento. La acción ejercitada tenía por objeto la nulidad de una cláusula aislada (la cláusula suelo), no de la totalidad del contrato. Lo que permite anular una concreta cláusula de un contrato predispuesto es la acción de nulidad por abusividad propia de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, pero no una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, que solo podía determinar la anulación del contrato en su totalidad (sentencias 380/2016, de 3 de junio ; 450/2016, de 1 de julio ; 66/2017, de 2 de febrero ; y 104/2017, de 17 de febrero ; entre otras muchas).

Además, como bien dice la sentencia apelada, ni en la demanda se hace un verdadero esfuerzo argumentativo sobre el error como vicio del consentimiento, ni posteriormente se practica prueba alguna al respecto. Sino que, sin exponer la vulneración de ninguna normativa específica sobre los deberes de información, ni su trascendencia para determinar el error invocado, solamente se hacen alegaciones genéricas, al albur de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia en contratos con consumidores.

Tan es así que, en el recurso de apelación, la mención al error vicio del consentimiento es puramente tangencial, ya que todo el esfuerzo argumentativo está dirigido al reconocimiento de la cualidad de consumidor en el demandante y a la abusividad de la cláusula suelo

5.- En su virtud, debe desestimarse el recurso de apelación formulado por los demandantes y confirmarse la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal implica que no quepa hacer expresa imposición de las costas causadas por dicho recurso y por el de casación, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- A su vez, la desestimación del recurso de apelación conlleva que deban imponerse a los apelantes las costas del mismo, conforme ordena el art. 398.1 LEC .

3.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, 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.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Caja Rural de Asturias S.C.C. contra la sentencia núm. 259/2015, de 22 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5ª, en el rollo de apelación núm. 318/2015 , que anulamos.

2.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Eduardo y Dña. Maribel contra la sentencia núm. 91/2015, de 27 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo , en el juicio ordinario núm. 69/2015, que confirmamos.

3.- Condenar a D. Eduardo y Dña. Maribel al pago de las costas del recurso de apelación.

4.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

5.- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y la pérdida del constituido para el recurso de apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Así se acuerda y firma.