



Roj: **STS 3262/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3262**

Id Cendoj: **28079110012018100521**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **1082/2016**

Nº de Resolución: **536/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 536/2018

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1082/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/09/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE PONTEVEDARA SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

Resumen

Congruencia. Alteración en segunda instancia de la causa de pedir en segunda instancia. Indefensión.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1082/2016

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 536/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 28 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Javier Toucedo Rey, bajo la dirección letrada de D.ª Elisa Leirado González, contra la sentencia núm. 66/2016, de 15 de febrero, dictada por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 568/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 102/2015 del Juzgado Mercantil n.º 1 de Pontevedra, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida D.ª Andrea, representada por el procurador D. Pedro Antonio López López y bajo la dirección letrada de D. José Carlos Hermelo Fernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Pedro López López, en nombre y representación de D.ª Andrea, interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«1.- Se declare la nulidad de las cláusulas 3ª bis e), 6ª, y 6ª bis, manteniéndose la vigencia del contrato, si bien consecuentemente sin la aplicación de la cláusula suelo del 4,95%, sin los intereses de demora del 18% y sin la cláusula de vencimiento anticipado.

» *Subsidiariamente*, en el único caso de no acordarse la nulidad de la cláusula de intereses de demora, que éstos se reduzcan en la cuantía que su señoría disponga y en todo caso sin que se supere en tres veces el interés legal del dinero.

»2.- Como efectos de la nulidad de la cláusula suelo, se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran cobrado en exceso por la aplicación de la cláusula suelo, desde el inicio del préstamo hasta la interposición de esta de la presente demanda y que ascienden a TRES MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON TREINTA Y OCHO CENTIMOS (3.724,38 ?) S.E.U.O., y ello sin perjuicio de reclamar la devolución de los demás importes indebidamente cobrados por la entidad desde la interposición de la demanda hasta que sea dictada sentencia estimatoria y firme. Así mismo la entidad deberá hacer frente al pago de los *intereses legales* que correspondan en lo que se refiere a las cantidades a restituir.

» *Subsidiariamente*, en caso de no accederse a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas desde el inicio del préstamo, se acuerde igualmente la nulidad de la cláusula suelo y se restituyan las cuantías indebidamente percibidas por la entidad bancaria, si bien desde el 9 de Mayo de 2013, y ello pues por el importe de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON VEINTIUN CENTIMOS (1.976,21 EUROS) S.E.U.O., y ello sin perjuicio de reclamar la devolución de los demás importes indebidamente cobrados por la entidad desde la interposición de la demanda hasta que sea dictada sentencia estimatoria y firme. Así mismo la entidad deberá hacer frente al pago de los intereses legales que correspondan en lo que se refiere a las cantidades a restituir.

» *Subsidiariamente a las dos peticiones anteriores*, que se acuerde la nulidad de la cláusula suelo sin efectos retroactivos.

»Todo ello, con imposición de las costas generadas a la parte demandada, la cual deberá hacer frente así mismo al abono de los correspondientes intereses legales».

2.- La demanda fue presentada el 13 de abril de 2015 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 1 de Pontevedra, fue registrada con el núm. 102/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La parte demandada, Abanca Corporación Bancaria S.A., no contestó a la demanda ni se personó en el procedimiento en el plazo de contestación, por lo que fue declarada en rebeldía procesal, si bien se personó posteriormente.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 1 de Pontevedra dictó sentencia de fecha 24 de junio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación procesal de Andrea frente a Abanca, Corporación Bancaria, SA, debo absolver y como absuelvo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Con expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la parte actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Andrea.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 568/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Andrea contra la sentencia de 24 de junio de 2015, dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Pontevedra, y en su lugar, estimar parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula del préstamo con garantía hipotecaria celebrado el 9 de noviembre de 2009, relativa al vencimiento anticipado que se recoge como 6ª bis a) del mencionado contrato.

Todo ello sin especial imposición de las costas en ninguna de las instancias».

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

1.- El procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Se formula al amparo del artículo 469.1.2º LEC, consistente en la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción de los artículos 216 y 218.1 LEC, reguladores del principio de justicia rogada y el deber de congruencia de las sentencias.

»Segundo.- Se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC, consistente en la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que se materializa en la vulneración del derecho de defensa de esta parte como consecuencia de la infracción del principio de contradicción establecido para el procedimiento de apelación en el artículo 456.1 LEC.

»Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º LC, consistente en la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, que se materializa en este caso en la infracción del artículo 218.2 LEC, regulador del deber de motivación de las sentencias, se formulan dos submotivos:

»Submotivo 1: Ausencia de motivación respecto de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago.

»Submotivo 2: Incoherencia interna entre fundamentos jurídicos.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- La sentencia recurrida aplica indebidamente el control de abusividad a las cláusulas de un contrato suscrito entre profesionales, con infracción de los artículos 8.2 LCGC Y 82.1 TRLGDCU y oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 1 de octubre de 2012; 30 de abril de 2015; 28 de junio de 2015; y 30 de junio de 2015).

»Segundo.- La sentencia recurrida infringe el concepto de desequilibrio importante establecido en el TRLGDCU, con oposición a la jurisprudencia (sentencias de 9 de mayo de 2013; 22 de abril de 2015 y de 21 de enero de 2016) que determina su exclusiva aplicación a los contratos entre profesionales y consumidores, creando un nuevo límite a la autonomía de la voluntad, no contemplado en los artículos 1.255 y 1.258 del Código Civil.

»Tercero.- La sentencia recurrida infringe el principio de buena fe establecido en el artículo 7 CC, en relación con los artículos 1.255 y 1.258 CC, con oposición a la jurisprudencia que delimita su contenido y alcance (entre otras, sentencias de 4 de junio de 2008, 30 de abril del 2015 y de 23 de diciembre de 2015).

»Cuarto.- La sentencia recurrida infringe las reglas de aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) en relación con el concepto legal de consumidor establecido en la normativa de consumidores, con oposición a la jurisprudencia que impide ampliar los criterios de la abusividad al test de nulidad de los contratos entre profesionales (entre otras, sentencias de 28 de mayo de 2014; de 30 de abril de 2015 y de 28 de junio de 2015)».

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 9 de mayo 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 Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia dictada, el día 15 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 568/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 102/2015, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra».



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 10 de julio 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 13 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 9 de noviembre de 2009, Dña. Andrea , como prestataria, y la Caixa de Aforros de Vigo, Ourense y Pontevedra (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A.), como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en el que se incluyeron, entre otras, una cláusula de limitación a la variabilidad del interés remuneratorio (suelo del 4,95%), una cláusula de intereses moratorios (18%) y una cláusula de vencimiento anticipado.

La finalidad del préstamo fue la financiación de una actividad empresarial, por lo que no se discute que la Sra. Andrea no intervino en el contrato como consumidora.

2.- La Sra. Andrea interpuso una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusivas de las mencionadas cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés, interés moratorio y vencimiento anticipado 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) la demandante no es consumidora, por lo que no resulta aplicable su legislación especial; (ii) como consecuencia de ello, no proceden los controles de transparencia y abusividad, que son los únicos que se invocan en la demanda; (iii) las cláusulas controvertidas superan el control de incorporación, único precedente en contratos con profesionales.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, al considerar que, si bien no podían realizarse los controles de transparencia y abusividad, al no ser consumidora la prestataria, la condición general relativa al vencimiento anticipado era contraria a la exigencia de buena fe prevista en el art. 1258 CC y causaba desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. En su virtud, estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer y segundo motivos de infracción procesal. Incongruencia. Principio dispositivo. Ámbito de conocimiento del tribunal de apelación*

Planteamiento :

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC .

En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida se aparta de la pretensión ejercitada por la demandante, que únicamente ejercitó una acción de nulidad por abusividad de las cláusulas impugnadas, con fundamento en el art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). La Audiencia Provincial, tras reconocer que el control de contenido previsto en el art. 8 LCGC no procedía en un contrato entre profesionales, altera la causa de pedir y declara la nulidad de una de las cláusulas, la de vencimiento anticipado, por una razón no esgrimida en la demanda, como pone de manifiesto el voto particular del magistrado discrepante.

2.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia la vulneración del art. 456.1 LEC , en relación con el art. 24 CE .

Al desarrollar el motivo, se aduce, sintéticamente, que el tribunal de apelación no puede apartarse de los hechos y fundamentos de derecho de las pretensiones formuladas en primera instancia. La alteración que realiza la sentencia de apelación respecto de las pretensiones de la demanda introduce una cuestión nueva sobre la que la parte demandada no ha podido pronunciarse, por lo que se produce indefensión.

3.- Dada la íntima conexión argumentativa y de razonamiento entre estos dos primeros motivos de infracción procesal, se considera adecuada su resolución conjunta.



Decisión de la Sala :

1.- Como hemos declarado en la sentencia 414/2018, de 3 de julio , 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.- A su vez, el recurso de apelación permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituían el objeto litigioso resuelto en primera instancia, pero con un doble límite para el tribunal de segunda instancia. En primer lugar, conforme al art. 456.1 LEC , el ámbito de conocimiento en apelación debe ser acorde con los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. En segundo lugar, a tenor del art. 465.5 LEC , la resolución de apelación «deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461».

3.- Según múltiples resoluciones de esta sala (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos deducidos por las partes 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 (*citra 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.

4.- En la demanda se ejercitó una acción de nulidad de las condiciones generales indicadas basada en su carácter abusivo, con cita expresa del art. 8 LCGC, pero no se postuló una nulidad basada en la infracción de la buena fe o en preceptos del Código Civil relativos al justo equilibrio de las prestaciones. En los hechos de la demanda se afirma que las cláusulas impugnadas son abusivas, con alusión a la falta de transparencia y al grave desequilibrio entre las partes. Y los fundamentos jurídicos inciden en la abusividad.

Como hemos dicho en algunas sentencias (por ejemplo, 367/2016, de 3 de junio , o 30/2017, de 18 de enero), vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; 1141/2006, de 15 de noviembre ; y 273/2016, de 23 de abril). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2).

Pero tal modalidad de nulidad, que es la que acaba declarando la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, debe invocarse debidamente en la demanda, a fin de que la parte demandada pueda defenderse de la concreta causa de nulidad que se ejercita. Lo que no se hizo en este caso, en que la demanda se basó en la falta de transparencia de las cláusulas controvertidas.

5.- Desde este 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 , en relación con los arts. 456.1 y 465.5 de la misma Ley .



Por lo que debe estimarse el recurso de infracción procesal y de conformidad con lo previsto en la regla 7ª 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.- Como quiera que, conforme a lo expuesto, la única pretensión que se ejercitaba en la demanda era la relativa al control de transparencia de unas condiciones generales de la contratación incluidas en un contrato en el que la adherente no es consumidora, resulta claro que tal control de transparencia es improcedente, 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).

2.- En su virtud, debe desestimarse el recurso de apelación formulado por la demandante 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 la apelante 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 15ª, 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia núm. 66/2016, de 15 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, en el recurso de apelación núm. 568/2015 .

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª Andrea contra la sentencia núm. 136/2015, de 24 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra , en el juicio ordinario núm. 102/2015, que confirmamos.

3.º- Condenar a D.ª Andrea al pago de las costas del recurso de apelación.

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

5.º- 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.

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

Así se acuerda y firma.

I