



Roj: **STS 3338/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3338**

Id Cendoj: **28079110012018100533**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **265/2016**

Nº de Resolución: **548/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2134/2015,**
STS 3338/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 548/2018

Fecha de sentencia: 05/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 265/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCIÓN 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 265/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 548/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 5 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza. El recurso fue interpuesto por Augusto y Violeta , representados por la procuradora Rocío Blanco Martínez. Es parte recurrida la entidad Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora Blanca Rueda Quintero y bajo la dirección letrada de José Luis Castro Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador José María Corz Moreno, en nombre y representación de Augusto y Violeta , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, contra la entidad Bantierra, Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito, para que se dictase sentencia por la que:

«1.- Se declare la nulidad de la cláusula suelo insertada en la escritura de ampliación del principal y novación modificativa, suscrito entre las partes el día 22 de febrero de 2008, por abusividad debido a la falta de transparencia.

»2.- Condene a Bantierra, Caja Rural de Aragón S. Coop. de Crédito a eliminar a su costa la citada cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los actores.

»3.- Se declare la subsistencia del contrato de modificación de condiciones financieras de préstamo a interés variable en vigor suscrito entre la actora y la demandada.

»Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada».

2. La procuradora Ivana Dehesa Ibarra, en representación de la entidad Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito (Bantierra), contestó a la demanda, y pidió al Juzgado dictase sentencia por la que:

«desestima íntegramente la demanda y, en consecuencia, absuelva a mi representada de las pretensiones ejercitadas por la demandante y condene a ésta al pago de las costas de esta instancia».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Desestimar la demanda interpuesta por D. Augusto y Dª. Violeta representados por el Procurador de los Tribunales D. José María Corz Moreno, y asistidos por el Letrado D. Ignacio Cuota Casals, contra Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito (Bantierra), representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Ivana Dehesa Ibarra, y asistida por la Letrada Dª. Ana Souto Delibes, y en consecuencia absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la misma, condenando en costas a la parte actora».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Augusto y Violeta .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante sentencia de 30 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de Dña. Violeta y D. Augusto , debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante. Dese al depósito el destino legal».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador José María Corz Moreno, en representación de Augusto y Violeta , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 1310 del Código Civil .

»2º) Infracción del art. 1208 del Código Civil ».



2. Por diligencia de ordenación de 28 de diciembre de 2015, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días».
3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Augusto y Violeta , representados por la procuradora Rocío Blanco Martínez; y como parte recurrida la entidad Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora Blanca Rueda Quintero.
4. Esta sala dictó auto de fecha 25 de abril de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:
«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Violeta y D. Augusto contra la sentencia dictada, el día 30 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 329/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 380/2014, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Zaragoza».
5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.
6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 15 de marzo de 2006, Augusto y Violeta se subrogaron en un préstamo que Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito (Bantierra) había concedido en el año 2004 al promotor de la vivienda que habían comprado.

En el préstamo hipotecario originario, había una cláusula suelo de 2,50% y una cláusula techo del 15%. Y en la escritura de subrogación se fijó un suelo del 3%. No obstante, en una escritura privada firmada por Augusto y Violeta y la Caja Rural, se redujo el suelo al 2,75%. En la oferta vinculante, la cláusula suelo se fijaba en un 3% y la cláusula techo en un 15%.

El 22 de febrero de 2008, las partes ampliaron el préstamo hipotecario en la cuantía de 60.000 euros. El destino del préstamo fue su aportación para la adquisición de la mitad de las participaciones de una sociedad mercantil (Documents Store, S.L.). En la escritura se convino una cláusula suelo del 4% y una cláusula techo del 15%, lo que coincide con la oferta vinculante fechada el 15 de febrero de 2008.

El 20 de diciembre de 2010, se redujo la cláusula suelo al 2,50%, por la especial vinculación del prestatario con la caja.

2. En su demanda, Augusto y Violeta pidieron que se declarara «la nulidad de la cláusula suelo insertada en la escritura de ampliación del principal y novación modificativa, suscrito entre las partes el día 22 de febrero de 2008, por abusividad debido a la falta de transparencia». Y como consecuencia, pedían que se eliminara la citada cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, porque la escritura de ampliación del principal y novación modificativa, suscrita el día 22 de febrero de 2008, no está afectada por la normativa de protección de consumidores, en la medida en que el destino del préstamo no fue un acto de consumo, sino una actividad mercantil, la suscripción de la mitad del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada. De tal forma que no cabía el control de transparencia y sólo el de inclusión, que lo pasaba porque existía una oferta vinculante, que contenía de forma clara y precisa las condiciones de la ampliación del préstamo hipotecario, y las cláusulas de la escritura estaban igualmente redactadas con claridad, concisión y sencillez.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la desestimación de la demanda. Aunque entendía que la cláusula suelo inicial -que no es objeto de la pretensión de nulidad ejercitada en la demanda- podía no reunir «las condiciones de transparencia exigibles para su validez», añade que «en 2008 la negociación de las condiciones de ampliación del préstamo se producen en un contexto diferente. Las nuevas condiciones traen causa de una finalidad mercantil». Y advierte que «desde la óptica de la legislación de condiciones generales de la contratación, la definición que la ley hace del "profesional" como adherente es el de la "persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial". Lo que ocurre en este caso». Entiende que no resultaba de aplicación el control de transparencia porque no es de



aplicación la normativa de consumidores, ya que la ampliación del préstamo no es un acto de consumo, en atención al destino de la suma financiada. Y, después de analizarlo, niega que exista un incumplimiento de los requisitos legales para la inclusión o incorporación de la cláusula cuestionada.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante, sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación de los motivos primero y segundo* . El motivo primero denuncia la infracción del art. 1310 del Código civil . La sentencia recurrida entiende que este precepto no es aplicable al caso, lo que a juicio del recurrente no es conforme con la naturaleza ni con el espíritu de esta norma.

En el desarrollo del motivo razona que si la cláusula suelo del inicial contrato no era válida por falta de control de transparencia, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y al art. 82.1 TRLGDCU, «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato de préstamo, sin que proceda moderación ni integración de ninguna clase, de manera que bajo ningún precepto pueda vincular al deudor, sin que sea posible, confirmación alguna de la cláusula por novación - artículo 1310 del Código Civil -».

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 1208 del Código civil , al entender que no es posible confirmación alguna de la cláusula por novación.

Desestimamos ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo* . Conviene advertir que la demanda pidió la nulidad de la cláusula suelo insertada en la escritura de ampliación del préstamo de 22 de febrero de 2008, por entender que era abusiva por falta de transparencia. Con lo que, sólo se cuestionaba la validez de esta cláusula y por esa razón.

En el presente caso, como resalta la sentencia recurrida, la cláusula cuestionada se insertó en un contrato de ampliación del préstamo hipotecario al que no resulta de aplicación la normativa protectora de consumidores, porque quien contrata con el empresario no tenía la condición de consumidor, en la medida en que la ampliación del préstamo iba destinada a la adquisición de la mitad del capital social de una sociedad mercantil.

Conforme a la jurisprudencia, para que resultara de aplicación el pretendido control de transparencia sobre la cláusula cuestionada sería necesario que el prestatario tuviera la condición de consumidor en el contrato de ampliación del préstamo al que se incorporó la cláusula (sentencias 367/2016, de 3 de junio , 30/2017, de 18 de enero , 41/2017, de 20 de enero , 57/2017, de 30 de enero , 587/2017, de 2 de noviembre , 639/2017, de 23 de noviembre , y 414/2018, de 3 de julio).

En la sentencia 356/2018, de 13 de junio , nos hacíamos eco de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el concepto de consumidor, resumida en la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto *Schrems*). De acuerdo con esta doctrina, el concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. De tal forma que, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

Por todo lo cual resulta claro que al contrato de ampliación del préstamo de 22 de febrero de 2008, no se aplica el pretendido el control de transparencia.

3. Aunque no se pidió la nulidad de la cláusula suelo insertada en el originario contrato de préstamo, se hace referencia a ella para negar validez a un posterior contrato que, al ampliar el préstamo, modificó también el límite inferior a la variabilidad del interés.

Conviene advertir que reconocer la validez de la cláusula suelo insertada en el contrato de ampliación del crédito no supone convalidar la eventual nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo originario, razón por la cual ni se infringe el art. 1310 CC ni el art. 6.1 de la Directiva 93/13 .

El efecto de la eventual nulidad de la cláusula suelo del primer contrato sería que la cláusula se tuviera por no puesta y, por lo tanto, que no produjera efectos. En consecuencia, si se hubiera aplicado ese límite inferior a la variabilidad del interés, el prestatario consumidor de aquel contrato originario tendría derecho a la restitución de lo cobrado mediante tal aplicación indebida (lo que no ha sido objeto de este pleito).



Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta y por lo tanto que no llegue a producir efectos, no debe impedir que el prestatario pueda pactar en un posterior contrato de ampliación del préstamo en el que no actúa como consumidor otro límite inferior a la variabilidad del interés, que no adolezca del vicio de nulidad por falta de transparencia ni sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tendría en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes y en la que el prestatario no ostenta la condición legal de consumidor.

Por otra parte, como también declaramos en la sentencia 489/2018, 13 de septiembre, «la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida», razón por la cual no ve afectado por el art. 1208 CC .

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

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 interpuesto por Augusto y Violeta contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5.ª) de 30 de octubre de 2015 (rollo 329/2015) que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza (juicio ordinario 380/2014).

2.º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.