



Roj: **STS 752/2019 - ECLI:ES:TS:2019:752**

Id Cendoj: **28079110012019100138**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2019**

Nº de Recurso: **3938/2016**

Nº de Resolución: **153/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 452/2016,**
STS 752/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 153/2019

Fecha de sentencia: 13/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3938/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SALAMANCA SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3938/2016

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. 153/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.), representada por el procurador D. Javier González Fernández, bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos, contra la sentencia núm. 363/2016, de 26 de septiembre, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación núm. 317/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 299/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Salamanca, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida D.ª Esperanza, representada por la procuradora D.ª Amalia J. Delgado Cid y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Portero Zúñiga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Manuela Sánchez Ruano, en nombre y representación de D.ª Esperanza, interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1) DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA sita en el folio NUM000 de las escrituras, cláusula que establece lo siguiente. "... sin que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del 10,00% ni ser inferior al 3,00%, límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el PRESTATARIO", así como la de cláusulas suelo concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"2) Que se tenga por no puesta dicha cláusula sita en el folio NUM000 de las escrituras, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula, así como las concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"3) DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA sita en el folio NUM001 de las escrituras, cláusula que establece lo siguiente: "4. El tipo de interés, que en ningún caso podrá exceder del 3% ni ser inferior al 10%...", así como la de cláusulas suelo concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"4) Que se tenga por no puesta dicha cláusula sita en el folio NUM001 de las escrituras, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula, así como las concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"5) CONDENE A LA DEMANDADA AL PAGO DE LAS COSTAS CAUSADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO."

2.- La demanda fue presentada el 31 de marzo de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Salamanca, se registró con el núm. 299/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Rafael Cuevas Castaño, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Salamanca dictó sentencia n.º 47/2016, de 23 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

"Se estima parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Sánchez Ruano en nombre y representación de Esperanza contra Abanca Corporación Bancaria, S.A. representada por el procurador Sr. Cuevas Castaño:

"1.- Declarando la nulidad de la Cláusula sita en el folio NUM000 de las escrituras, cláusula que establece lo siguiente. "... sin que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del 10,00% ni ser inferior al 3,00%, límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés convenidos conjunta e inseparablemente por la Caja y el Prestatario", así como la de cláusula suelo concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"2.- Teniéndose por no puesta dicha cláusula sita en el folio NUM000 de las escrituras, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula, así como las concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.



"3.- Declarando la nulidad de la Cláusula sita en el folio NUM001 de las escrituras, cláusula que establece lo siguiente: "4. El tipo de interés, que en ningún caso podrá exceder del 3% ni ser inferior al 10%,... ", así como la de cláusulas suelo concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"4.- Teniéndose por no puesta dicha cláusula cita en el folio NUM001 de las escrituras, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula, así como las concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones.

"Todo ello con efectos desde el 9 de Mayo de 2013.

"Sin hacer declaración expresa sobre las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Abanca Corporación Bancaria S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 317/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

"Que estimamos parcialmente el recurso de apelación promovido por la legal representación de **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A** . contra la sentencia dictada por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Salamanca de fecha 23 de febrero de 2016 en los autos de Juicio Ordinario nº 299/2015 revocamos el pronunciamiento que se efectúa en la sentencia de instancia sobre la consideración de consumidora de la actora en relación con el concreto préstamo enjuiciado, que se contiene en el fundamento de derecho tercero de dicha resolución y por tanto se excluye la aplicación de la legislación de protección de los consumidores y la doctrina que la interpreta, confirmamos en atención a lo aquí resuelto el fallo de dicha sentencia. Sin efectuar especial imposición de las costas causadas en esa instancia".

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

1.- El procurador D. Rafael Cuevas Castaño, 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.- Con fundamento en el motivo previsto en el art. 469.1.2º LEC , la sentencia recurrida infringe el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y el deber de congruencia (art. 218.2 LEC) de las sentencias.

"Segundo.- Con base en el motivo previsto en el art. 469.1.4º LEC , la sentencia recurrida vulnera el derecho de defensa de esta parte (art. 24 CE) al infringir el principio de contradicción (art. 456.1 LEC), incurriendo en "*mutatio libelli*" (art. 412.1 LEC).

"Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 319 y 326 de la LEC y la Jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la valoración de la prueba documental practicada con infracción de las reglas legales de valoración de la prueba, alcanzando conclusiones probatorias ilógicas, arbitrarias e irracionales, por ser contrarias al contenido de I) la oferta vinculante (doc. 3 de la contestación), y II) la escritura de préstamo (doc. 2 de la demanda).

"Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 319 y 326 de la LEC y la Jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la valoración de la prueba documental practicada con infracción de las reglas legales de valoración de la prueba, alcanzando conclusiones probatorias ilógicas, arbitrarias e irracionales, por ser contrarias al contenido del acuerdo de rebaja temporal del tipo de interés aplicable (doc. 5 de la contestación)".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7.B) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo [SSTS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) y de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2550/2016)], que interpreta estos preceptos, doctrina que limita el control de incorporación de las Condiciones Generales a la constatación de la "*mera transparencia documental o gramatical* ".

"Segundo.- Infracción de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7.B) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , en relación con lo que establecen los artículos 80 a 82 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios , y en la doctrina Jurisprudencial de Tribunal Supremo [Sentencia de



30 de abril de 2015 (RJ 2015/4313) -Que a su vez reitera la doctrina previamente establecida en sentencias de 10 de marzo de 2014 (RJ2014/1467); de 7 de abril de 2014 (RJ 2014/2184) y 28 de mayo de 2014 (RJ 2014/3354) - y sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2550/2016)] que expresamente excluye que las Condiciones Generales de la Contratación incorporadas a contratos entre empresarios sean sometidas tanto al "segundo control de transparencia" como al control de abusividad, propios de la contratación con consumidores.

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 23 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia dictada, el día 26 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 317/2016 , dimanante del juicio ordinario nº 299/2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Salamanca".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 11 de febrero de 2019 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 7 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 13 de marzo de 2007, Dña. Esperanza , como prestataria, y Caixa Galicia (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A.), como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 525.000 €, con un tipo de interés variable, si bien con una limitación mínima del 3% y máxima del 10%.

La finalidad del préstamo fue la financiación de la compra de un local para la instalación de una oficina de farmacia.

2.- La Sra. Esperanza interpuso una demanda contra Abanca, en la que solicitó 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 estimó íntegramente la demanda por las siguientes y abreviadas razones: (i) la demandante tiene la cualidad legal de consumidora; (ii) la cláusula controvertida no es transparente, por lo que resulta abusiva.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad demandada, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, al considerar que, aunque la demandante no era consumidora, la condición general litigiosa no superaba el control de incorporación, porque la prestataria no pudo ser consciente de la carga económica que implicaba.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Incongruencia. Principio dispositivo*

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 .

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, sino que lo que se postuló fue un control de abusividad. En consecuencia, la sentencia recurrida incurre en incongruencia y sitúa a la parte demandada en efectiva indefensión.

3.- La parte recurrida, al oponerse al recurso, alegó la inadmisibilidad de este primer motivo de infracción procesal, porque no se había denunciado dicha supuesta infracción en la instancia.



Esta objeción no puede ser atendida, porque 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.

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 (*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.

3.- En la demanda inicial del procedimiento se ejercitó en exclusiva una acción individual de nulidad de una cláusula contractual por abusividad, sobre la base de que la prestataria era consumidora, y con cita expresa del art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que se refiere, precisa y expresamente, a la abusividad de una cláusula contractual. En ningún momento se hizo mención al control de incorporación, ni se postuló su aplicación.

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 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.- En esta fase procesal no puede ser discutido ya que la demandante carecía de la cualidad legal de consumidora, porque dicho pronunciamiento ha quedado firme. De donde resulta la improcedencia del control de abusividad y, en concreto, del control de transparencia, 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; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras).

2.- En su virtud, debe estimarse el recurso de apelación formulado por la demandante, revocar la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda.

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 estimación del recurso de apelación conlleva que tampoco proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, a tenor del mismo art. 398.2 LEC.

3.- La desestimación de la demanda supone que deban imponerse a la demandante las costas de la primera instancia, conforme ordena el art. 394.1 LEC.



4.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación, casación y extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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 dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, con fecha 26 de septiembre de 2016, en el rollo de apelación núm. 317/2016 .

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia núm. 47/2016, de 23 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Salamanca , en el juicio ordinario núm. 299/2015, que revocamos.

3.º- Desestimar la demanda interpuesta por Dña. Esperanza contra Abanca Corporación Bancaria S.A.

4.º- Condenar a Dña. Esperanza al pago de las costas de la primera instancia.

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

6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los mencionados recursos.

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.