



Roj: **STS 1727/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1727**

Id Cendoj: **28079110012019100293**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **3958/2016**

Nº de Resolución: **307/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 632/2016,**  
**STS 1727/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 307/2019**

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3958/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/05/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CÁCERES 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.: 3958/2016

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. 307/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 3 de junio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, bajo la dirección letrada de D.ª Mª José Cosmea Rodríguez y de D. Luis Carlos , contra la sentencia núm. 384/2016, de 14 de octubre, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, en el recurso de apelación núm. 463/2016 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 70/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Plasencia, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Repro Ribera S.L., representada por la procuradora D.ª María de la Concepción Rey Estévez y bajo la dirección letrada de D. Fernando Ibáñez García.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Teresa Plata Jiménez, en nombre y representación de Repro Ribera S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra La Caixa, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que:

"1º. *Se declare* la nulidad de la cláusula incluida dentro de la CLÁUSULA FINANCIERA TERCERA de las escrituras de préstamo, denominada "LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS", que dispone que "Durante el período a interés variable, el interés a aplicar no podrá ser superior al 14,00% ni inferior al 4,950%" (DOC. NÚM. 2); manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo y techo fijados en aquella, y tomando, en consecuencia, como tipo de interés variable el pactado en la misma: EURIBOR más diferencial de 1,50%; y

"2º. *Se condene* a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades indebidamente percibidas desde la fecha indicada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 139/2015 (fecha de publicación de la sentencia 09.05.2013), hasta la fecha actual, más las que se cobren en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, en cumplimiento de lo establecido por el art. 219 LEC, de las sumas abonadas durante dicho período como consecuencia de la aplicación de la cláusula cuya nulidad se interesa, y de las sumas que hubieran debido abonarse por aplicación de la fórmula (tipo variable de Euribor más diferencial de 1,50 puntos), en lugar de las anteriores, de no haberse aplicado el límite mínimo establecido en la cláusula suelo, resultando así, como cantidad a devolver, la diferencia entre los resultados de dichas sumas.

"3º. *Se impongan* las costas del procedimiento a la entidad demandada."

2.- La demanda fue presentada el 29 de enero de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Plasencia, se registró con el núm. 70/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Elena Medina Cuadros, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...]tenga por contestada la demanda seguida contra mi representada y, en su día, previos los trámites legales oportunos, acogiendo las excepciones opuestas y/o entrando en el fondo del asunto, se sirva desestimar la misma con imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Plasencia dictó sentencia de fecha 13 de junio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMAR la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D.ª Teresa Plata Jiménez en nombre y representación de la entidad REPRO RIBERA, S.L., frente a la entidad CAIXABANK S.A., representada por la Procuradora D.ª Elena Medina Cuadros, y en consecuencia:

"- Declaro la nulidad de la cláusula incluida dentro de la CLAÚSULA TERCERA FINANCIERA de la escritura de préstamo, denominada "LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS" que dispone que "Durante el periodo a interés variable, el interés a aplicar no podrá ser superior al 10,00% ni inferior al 4,950%", manteniéndose la vigencia del contrato concertado entre las partes sin la aplicación de los límites de suelo y techo fijados, y tomando en consecuencia como tipo de interés variable el pactado: Euribor más diferencial de 1,50%, y

"- Condeno a CAIXABANK, S.A. a restituir a REPRO RIBERA, S.L. las cantidades indebidamente percibidas desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 hasta la fecha de la demanda, más las que se cobren en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de



las sumas abonadas durante dicho periodo como consecuencia de la aplicación de la cláusula cuya nulidad se interesa y de las sumas que hubieran debido abonarse por aplicación de la fórmula (tipo variable de Euribor más diferencial de 1,50 puntos) en lugar de los anteriores, de no haberse aplicado el límite mínimo establecido en la cláusula suelo, resultando así como cantidad a devolver la diferencia entre los resultados de dichas sumas.

"Serán de cuenta de la parte demandada las costas que se hayan causado en el presente pleito".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, que lo tramitó con el número de rollo 463/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAIXABANK, S.A. contra la sentencia núm. 139-2016, de fecha 13 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Plasencia , en autos núm. 70-2016, de los que este rollo dimana, y en su virtud, CONFIRMAMOS expresada resolución, con imposición de las costas de esta alzada al recurrente".

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

1.- La procuradora D.ª Elena Medina Cuadros, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , vulneración por la sentencia del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva de la recurrente reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española , en su concreta vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales, por error patente de relevancia constitucional y arbitrariedad de su motivación".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato (25 de febrero de 2011) y de la jurisprudencia que lo interpreta y lo aplica contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 534/2015, de 14 de octubre y 380/2016, de 3 de junio .

Segundo.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato (25 de febrero de 2011) y de la jurisprudencia que lo interpreta y lo aplica contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 534/2015, de 14 de octubre y 380/2016, de 3 de junio ."

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 Caixabank S.A. contra la sentencia dictada, el día 14 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 463/2016 , dimanante del juicio ordinario n.º 70/2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Plasencia."

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 4 de abril 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 23 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*



1.- El 25 de febrero de 2011 se suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre la compañía mercantil Repro Ribera S.L., como prestataria, y Caixabank S.A., como prestamista, en el que se pactó un interés variable de Euribor más 1,50%, si bien constaba una cláusula, titulada "Límite a la variación del tipo de interés", con el siguiente tenor literal:

"Durante el periodo a interés variable, el interés a aplicar no podrá ser superior al 10% ni inferior al 4,950%".

2.- La finalidad del préstamo fue la financiación de la construcción de una nave industrial.

El objeto social de la prestataria es la construcción y explotación de edificaciones de todo tipo.

3.- Repro Ribera presentó una demanda contra Caixabank, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, las sentencias de ambas instancias estimaron la demanda, al considerar, en lo que ahora interesa, que la prestataria tenía la condición legal de consumidora, al no constar que actuara con ánimo de lucro.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.- Único motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba**

*Planteamiento :*

1.- El único motivo de infracción procesal se plantea al amparo del art. 469.1.4º LEC , por vulneración del art. 24 CE , en relación con la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al considerar que la prestataria tiene la cualidad legal de consumidora, al no actuar con un claro ánimo de lucro y en un ámbito en principio ajeno a su actividad empresarial.

*Decisión de la Sala :*

1.- El recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . Y en todo caso, es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- En el presente caso no concurren tales circunstancias. El error que se imputa a la sentencia recurrida no es fáctico, sino, en su caso, jurídico, puesto que la calificación de una sociedad mercantil como consumidora es una cuestión de apreciación jurídica, por más que deba basarse en datos fácticos.

Como consecuencia de ello, el ámbito de discusión de la corrección jurídica de dicha calificación es el recurso de casación y no el extraordinario por infracción procesal.

3.- Por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

#### **Recurso de casación**

**TERCERO.- Primer motivo de casación. Calidad legal de consumidor. El ánimo de lucro en las sociedades mercantiles. Una sociedad de capital tiene la calidad legal de empresario**

*Planteamiento :*

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU) y de las sentencias de esta sala 534/2015, de 14 de octubre , y 380/2016, de 3 de junio .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que una sociedad mercantil tiene ánimo de lucro, por lo que está excluida del concepto legal de consumidor (art. 3 TRLGCU), y que, además, es empresaria, en tanto que actúa en un ámbito mercantil (art. 4 TRLGCU).

*Decisión de la Sala :*

1.- En la fecha en que se suscribió el contrato, el art. 3 TRLGCU establecía que tenían la condición legal de consumidores las personas físicas o jurídicas que actuaban en un ámbito ajeno a una actividad empresarial



o profesional. Y el art. 4 consideraba empresario a cualquier persona física o jurídica que actuara en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya fuera pública o privada.

En este caso, quien contrajo el préstamo fue una sociedad mercantil, cuyo objeto social era la construcción y explotación de edificaciones de todo tipo, y el dinero del préstamo se destinó a financiar la construcción de una nave industrial.

**2.-** De tales datos se desprende inequívocamente que Repro Ribera obtuvo el préstamo para su ámbito empresarial y como medio para su actividad mercantil.

Como hemos declarado en la sentencia 230/2019, de 11 de abril, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, 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 más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 17)".

**3.-** Además, tampoco cabe compartir que la actuación de una sociedad de responsabilidad limitada en un ámbito mercantil ofrezca dudas en cuanto a su ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC). Hasta el punto de que la jurisprudencia de esta sala ha señalado reiteradamente que el fin lucrativo es la causa del contrato de sociedad, a tenor de los arts. 1665 CC y 116 CCom (sentencias 1229/2007, de 29 de noviembre; 1377/2007, de 19 de diciembre; y 784/2013, de 23 de diciembre; y las que en ellas se citan). Como declaró la mencionada sentencia 1377/2007:

"Es consustancial a éstas [las sociedades], según reiterada jurisprudencia, la formación de un patrimonio común que se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también asumen de este modo sus pérdidas - Sentencias de 6 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 24 de julio de 1993 y 13 de noviembre de 1995, entre otras".

**4.-** Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGCU. Puesto que, como también declaró la antes citada sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra "una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social".

**5.-** Por lo expuesto, este primer motivo de casación debe ser estimado.

**CUARTO.- Segundo motivo de casación. Improcedencia de los controles de transparencia y abusividad en contratos con condiciones generales de la contratación en que el adherente no es consumidor**

*Planteamiento :*

**1.-** El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 3 TRLGCU y de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 534/2015, de 14 de octubre, y 380/2016, de 3 de junio.

**2.-** En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, de manera resumida, que el control de transparencia no es procedente en un contrato en que el adherente es profesional.

*Decisión de la Sala :*

1.- La exclusión de la cualidad de consumidora en la demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda, 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 ; 414/2018, de 3 de julio ; y 230/2019, de 11 de abril , entre otras).

2.- En consecuencia, el segundo motivo del recurso de casación también debe ser estimado.

**QUINTO.-** *Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia. Desestimación de la demanda*

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que este tribunal deba asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación.

2.- Las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación deben conducir a la estimación del recurso de apelación y a la desestimación de la demanda, por cuanto no procede realizar un control de transparencia ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente es empresario.

**SEXTO.-** *Costas y depósitos*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por él, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

2.- La estimación de los recursos de casación y apelación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por ambos, a tenor del art. 398.2 LEC .

3.- La desestimación de la demanda implica que deban imponerse a la demandante las costas de la primera instancia, según establece el art. 394.1 LEC .

4.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los depósitos prestados para los recursos de casación y apelación, a tenor de 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Caixabank S.A. contra la sentencia núm. 384/2016, de 14 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 463/2016 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Caixabank S.A. contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

3.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia núm. 139/2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Plasencia , en el juicio ordinario núm. 70/2016.

4.º- Desestimar la demanda deducida por Repro Ribera S.L. contra Caixabank S.A., a la que absolvemos de todas las pretensiones contra ella formuladas.

5.º- Condenar a Repro Ribera S.L. al pago de las costas de la primera instancia.

6.º- Imponer a Caixabank S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

7.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación.

8.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de casación y 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.