



Roj: **STS 1457/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1457**

Id Cendoj: **28079110012021100207**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2021**

Nº de Recurso: **3956/2017**

Nº de Resolución: **213/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 500/2017,**
STS 1457/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 213/2021

Fecha de sentencia: 19/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3956/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ORENSE SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3956/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 213/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 19 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Josefa , D. Alfredo y D.^a Lorena , representados por la procuradora D.^a Marta Pérez Pousa, bajo la dirección letrada de D. Jesús Garriga Domínguez, contra la sentencia núm. 281/2017, de 20 de julio, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ourense, en el recurso de apelación núm. 695/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 67/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a María José Conde González, en nombre y representación de D.^a Josefa , D. Alfredo y D.^a Lorena , 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 pleno derecho, en base a los motivos y acciones que se ejercitan y recogidas en las letras A), B) y C) del apartado segundo del fundamento jurídico VII de la demanda o, alternativamente, declare la no incorporación al contrato en base a los motivos y a la acción que se ejercita recogida en la letra D) del apartado segundo del fundamento jurídico VII de la demanda, de las cláusulas descritas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 1 de junio de 2006, otorgada ante el Notario de Ourense D. Fernando Martínez Gil Fluxá con número 975 de protocolo a que se hace referencia en el hecho primero de la demanda. La cláusula cuya nulidad se pretende se recoge en el hecho segundo de la demanda y es la siguiente:

No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cuatro con cinco décimas por ciento (4,5%), ni superior al doce por ciento (12%).

En consecuencia condene a la demandada a la devolución a la demandante de cuantas cantidades haya cobrado hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula que limita la variación del tipo de interés, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico y hasta su efectiva restitución y al recálculo de los cuadros de amortización del préstamo que sean procedentes como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula.

"2.- Subsidiariamente, declare la nulidad de la referida cláusula en base a los motivos y acción que se ejercita y recogidos en las letras E) del apartado segundo del fundamento jurídico VII de la demanda.

Y como consecuencia de dicho pronunciamiento condene a la demandada a la devolución a la demandante de cuantas cantidades haya cobrado hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula que limita la variación del tipo de interés, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico y hasta su efectiva restitución o, subsidiariamente se le condene al abono de cuantas cantidades haya cobrado desde el 9 de mayo de 2013 hasta la fecha y cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula que limita la variación del tipo de interés, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico y hasta su efectiva restitución. En cualquier caso se le condene a realizar el recálculo de los cuadros de amortización del préstamo que sean procedentes como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula.

"3.- En cualquier caso condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición."

2.- La demanda fue presentada el 27 de enero de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense, se registró con el núm. 67/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Marta Ortiz Fuentes, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...]dicte resolución en la que:

(a) Desestime íntegramente la demanda planteada.

(b) Se efectúe expresa imposición de costas a la parte adversa".



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Orense dictó sentencia de fecha 7 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. María José Conde González en nombre y representación de DOÑA Josefa , D. Alfredo Y DOÑA Lorena , contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. a quien se absuelve de todos los pedimentos.

Sin costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Josefa , D. Alfredo y D.ª Lorena .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Orense, que lo tramitó con el número de rollo 695/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 20 de julio de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Josefa , D. Alfredo y D.ª Lorena , la procuradora de los tribunales D.ª M.ª José Conde González, contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Ourense, en autos de Juicio Ordinario n.º 67/16, Rollo de apelación n.º 695/16, que, consecuentemente se confirma en sus propios términos, imponiendo a los apelantes las costas causadas en esta alzada".

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

1.- La procuradora D.ª M.ª José Conde González, en representación de D.ª Josefa , D. Alfredo y D.ª Lorena , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Al amparo de los núms. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC. Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, contenidas en los arts. 218, 2, 319 y 348 LEC, no ajustarse a las reglas de la lógica y la razón en la apreciación y valoración de la prueba practicada".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se interpone en base a lo previsto en el art. 477.1 de la LEC.

Se citan como disposiciones infringidas los artículos 2, párrafo segundo, letra b), 78 y 79 de la Ley 24/1988 de 22 de julio del Mercado de Valores (en adelante L.M.V.), en la redacción dada por la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, así como y en relación con los artículos 1261 y 1300 del Cód. Civil, por no aplicar las mismas a la resolución del caso.

"Segundo.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se interpone en base a lo previsto en el art. 477.1 LEC.

Se cita como disposición infringida el artículo 7, letra a) de la Ley 7/1998 de 18 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante L.C.G.C.) en relación con el artículo 5 de la misma Ley, [...].

"Tercero.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se interpone en base a lo previsto en el art. 477.1 de la LEC.

"*Ad cautelam*" para el caso de desestimación del motivo anterior se citan como disposiciones infringidas el artículo 7 del C. Civil, en relación con el 1258 del mismo cuerpo legal y 57 del C. Comercio y de la doctrina de la legítima expectativa contenida en las sentencias del Alto Tribunal [...].

"Cuarto.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se interpone en base a lo previsto en el art. 477.1 de la LEC.

Se cita como disposición infringida el artículo 3 del R.D.L. 1/2007 de 16 de noviembre que aprueba el T.R. de la L.G.D.C.U. en la redacción vigente en la fecha del contrato de préstamo y la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993.

"Quinto.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se interpone en base a lo previsto en el art. 477.1 de la LEC.

Se citan como disposiciones infringidas los artículos 80, 82.1 y 3 y 83 del T.R.L.G.D.C.U. aprobado por R.D.L. 1/2007 de 16 de noviembre y 8.2 de la L.C.G.C. n. 7/1998 de 13 de abril, sean considerados consumidores los tres demandantes o sólo los avalistas hipotecantes, [...]."

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 27 de enero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el cuarto y el quinto motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Josefa , D. Alfredo y D.ª Lorena contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1.ª, en el recurso de apelación 695/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario 67/2016 seguidos ante el Juzgado de Primera de lo Mercantil (sic) n.º 4 de Ourense.

"2.º) Inadmitir el primer, el segundo y el tercer motivo del recurso de casación D.ª Josefa , D. Alfredo y D.ª Lorena contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1.ª, en el recurso de apelación 695/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario 67/2016 seguidos ante el Juzgado de Primera de lo Mercantil (sic) n.º 4 de Ourense.

"3.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la indicada parte litigante contra la mencionada sentencia, con imposición de sus costas a la recurrente, que perderá el depósito constituido".

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

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 14 de abril de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 30 de diciembre de 2010, Dña. Josefa suscribió con Abanca Corporación Bancaria S.A. (en lo sucesivo, Abanca) un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, que contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés de 4,5% (suelo) y 12% (techo).

En la operación intervinieron como fiadores solidarios los padres de la prestataria, D. Alfredo y Dña. Lorena .

2.- La finalidad del préstamo era financiar la adquisición por la prestataria de unas participaciones de una cooperativa en la que desempeñar su actividad profesional.

3.- La prestataria y los fiadores presentaron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron que se declarase la nulidad por abusiva de la indicada cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, al considerar que los demandantes no eran consumidores y pudieron tener conocimiento de la existencia de la cláusula.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandantes. A los efectos que nos ocupan, negó a los demandantes la cualidad de consumidores y consideró que la cláusula superaba el control de incorporación, único posible en este caso.

6.- Los demandantes formularon un recurso extraordinario por infracción procesal, que no ha sido admitido; y un recurso de casación con cinco motivos, de los que solo se han admitido el cuarto y el quinto.

SEGUNDO.- *Cuarto motivo de casación. Condición legal de consumidor. Fiadores*

Planteamiento:

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción del art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU).

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan que la sentencia recurrida no distingue las distintas situaciones contractuales que concurren en ellos, pues mientras que la prestataria obtuvo el préstamo con una finalidad profesional, los fiadores -sus padres- eran ajenos a esa actividad. Cita la jurisprudencia comunitaria contenida en las SSTJUE de 21 de febrero de 2013, 30 de mayo de 2013 y 4 de junio de 2009; y los AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016. Como consecuencia de ello, en tanto que los fiadores sí tienen la cualidad de consumidores, respecto de ellos procede la realización de los controles de transparencia y abusividad.



3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó que este motivo era inadmisibile por falta de interés casacional. Sin embargo, esta alegación no puede ser atendida, porque la parte recurrente identifica la norma sustantiva que considera infringida y la jurisprudencia que entiende vulnerada. Cosa distinta es que efectivamente exista o no esa contradicción, pero eso afecta a la estimación, no a la admisibilidad.

Decisión de la Sala:

1.- La prestataria no puede resultar consumidora, conforme al art. 3 TRLCU, porque el préstamo tuvo una finalidad profesional, en cuanto que lo solicitó para financiar la compra de unas participaciones de una cooperativa que le permitieran el desempeño de su profesión. Como declaró la sentencia 230/2019, de 11 de abril, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos 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)".

2.- Sobre el problema de la vinculación funcional de los fiadores con el deudor principal, a efectos de su calificación como consumidores, se ha pronunciado ya esta sala en diversas sentencias (594/2017, de 7 de noviembre; 314/2018, de 28 de mayo; 414/2018, de 3 de julio; 203/2020 y 204/2020, ambas de 28 de mayo; y 599/2020, de 12 de noviembre). Las cuales, a su vez, se basaban en los pronunciamientos del TJUE en la materia (básicamente, STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Costea*; ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, *Tarcau*; ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, *Dumitras*; y ATJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-535/16, *Bachman*).

3.- Conforme a las reglas establecidas en tales resoluciones, que damos por reproducidas, resulta que en este caso los fiadores tienen la cualidad de consumidores, porque ni tuvieron participación directa en el negocio para cuya financiación se solicitó el préstamo (una actividad profesional de la hija), ni tenían ninguna vinculación funcional con el mismo (administradores, gerentes, cónyuges que deban responder legalmente de la deuda...).

4.- En consecuencia, en aplicación de la mencionada jurisprudencia comunitaria y nacional, debe entenderse que a los fiadores les resulta de aplicación el art. 3TRLCU y, por tanto, respecto de ellos, son procedentes los controles de transparencia y abusividad.

No obstante, la viabilidad de este motivo está subordinada a la del siguiente, puesto que la cualidad de consumidores de los fiadores únicamente tendrá virtualidad si se considera que la cláusula suelo no supera el control de transparencia.

TERCERO.- Quinto motivo de casación. Control de transparencia

Planteamiento:

1.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 80, 82.1 y 3, y 83 TRLCU y 8.2 LCGC. Cita como infringida la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida no aplica adecuadamente los parámetros para la realización del control de transparencia respecto de la cláusula suelo.

3.- En la oposición al recurso, la parte recurrida adujo que el motivo es inadmisibile, porque acumula varios preceptos heterogéneos.



Tampoco puede prosperar esta alegación. Los preceptos legales citados se refieren a la abusividad de las cláusulas insertas en contratos con consumidores y a las consecuencias de la declaración de abusividad, por lo que no se aprecia heterogeneidad alguna.

Decisión de la Sala:

1.- El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , *RWE Vertrieb*; 30 de abril de 2014, C-26/13 , *Kásler y Káslerne Rábai*; 26 de febrero de 2015, C-143/13, *Matej*; y 23 de abril de 2015, C-96/14, *Van Hove*), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

2.- Tanto la jurisprudencia nacional como la comunitaria han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (por todas, STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb* ; y STS 509/2020, de 6 de octubre). Así como que en el examen de la transparencia se deberán tener en cuenta "el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato" (STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18 , apartado 70).

3.- En este caso, la sentencia recurrida considera probado que la cláusula fue negociada por las partes durante un periodo de dos meses, que la prestataria consultó la operación con otras entidades y que las condiciones del préstamo se le entregaron con diez días de antelación. Y concluye que los demandantes [los tres, no solo la prestataria] "conocieron o pudieron conocer, empleando una mínima diligencia, el coste económico de la operación"

Con tales hechos probados, inamovibles en casación, solo puede concluirse que la cláusula litigiosa sí superó el control de transparencia, por lo que no se han infringido los preceptos legales indicados, ni la jurisprudencia de esta sala.

Y para que los fiadores consumidores pudieran beneficiarse de la inoponibilidad de la cláusula abusiva frente a ellos, sería condición necesaria que la cláusula discutida hubiera sido calificada como tal. Lo que no ha sucedido.

4.- Como resultado de todo lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado, puesto que la estimación del cuarto motivo carece de efecto útil.

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a los recurrentes las costas causadas por el mismo, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 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 de casación formulado por Dña. Josefa , D. Alfredo y Dña. Lorena contra la sentencia núm. 281/2017, de 20 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 695/2016.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ