



Roj: **STS 1901/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1901**

Id Cendoj: **28079110012018100297**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2018**

Nº de Recurso: **1913/2015**

Nº de Resolución: **314/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 314/2018**

Fecha de sentencia: 28/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1913/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE LUGO SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1913/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 314/2018**

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 mayo 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. Rafael Silva López, bajo la dirección



letrada de D. José Luis de Castro Martín y de D. Pablo Morenilla Allard, contra la sentencia núm. 149/2015, de 22 de abril, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, en el recurso de apelación núm. 541/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 69/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo. Sobre condiciones generales de la contratación (**cláusula suelo**). Ha sido parte recurrida Hermanos Arias Expósito S.L., representada por la procuradora D.ª María Soledad Ruíz Bullido y bajo la dirección letrada de D. Daniel Rivero Braña.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Carlos Cabo Silva, en nombre y representación de la mercantil Hermanos Arias Expósito S.L., de D. Cesar, D. Elias, D.ª Rosaura y D. Gaspar, interpuso demanda de juicio ordinario contra Novagalicia Banco S.A. (antigua Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra Caixanova) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«en la que se declare:

- La nulidad de la **cláusula suelo** limitativa del tipo de interés variables del contrato, insertada en el apartado TERCERO BIS de la Escritura de Constitución de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada ante el Notario de Lugo D. Germán Aguilera Cristóbal con fecha 14 de mayo de 2010 con el nº 846 de su protocolo, suscrita entre la mercantil Hermanos Arias Expósito S.L., D. Cesar, D. Victorio, D. Elias, D.ª Rosaura y D. Gaspar, con Novagalicia Banco (antigua CaixaNova), y por lo tanto, se tenga por no puesta o inexistente, manteniendo la vigencia del contrato sin el citado límite mínimo.

Y condene a la entidad demandada a:

- Aplicar los tipos de interés pactados en la Escritura de Constitución de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada ante el Notario de Lugo D. Germán Aguilera Cristóbal con fecha 14 de mayo del 2010 con el nº 846 de su protocolo (EURIBOR+ 3,00%) sin la **cláusula suelo** que limita el tipo de interés a un mínimo del 5%.

- La devolución de las cantidades cobradas indebidamente desde julio de 2012, que ascienden a 1.230,24 € o a la cantidad que resulte después de la prueba practicada, más los intereses legales.

- Las costas judiciales».

2.- La demanda fue presentada el 20 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo, fue registrada con el núm. 69/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Álvaro Martín Buitrago Calvet, en representación de NCG Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la totalidad de los pedimentos de la parte actora contra mi representada. Todo ello, con expresa condena en costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo dictó sentencia de fecha 1 de septiembre de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Cabo Silva, en representación de la entidad "Hermanos Arias Expósito, S.L., contra la entidad Novagalicia Banco, S.A (antes "Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra, Caixanova),

»DECLARO la nulidad de la **cláusula** limitativa a la variación del tipo de interés contenida en el apartado e) de la **cláusula** 3ª bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de mayo de 2010 suscrito entre las partes, manteniéndose vigente el resto del contrato, por lo que

»CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha **cláusula** del contrato de préstamo hipotecario,

»ABSOLVIÉNDOLA de las restantes pretensiones deducidas frente a ella.

»Todo ello, sin expresa imposición de las costas causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

5.- La parte demandada solicitó la subsanación y/o complemento de la anterior sentencia. Por auto de fecha 10 de septiembre de 2014 se completó la anterior sentencia en el sentido de que en su parte dispositiva a continuación de «[...] contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de mayo de 2010 suscrito



entre las partes» deberá añadirse «nulidad que desplegará sus efectos desde la fecha de la presente resolución».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG Banco.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lugo, que lo tramitó con el número de rollo 541/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 22 de abril de 2015, cuya parte dispositiva dice:

«Se desestima el recurso de apelación.

Se confirma la sentencia apelada.

Se imponen las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente».

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

1.- El procurador D. Álvaro Martín Buitrago Calvet, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- La motivación de la sentencia impugnada incurre en manifiesta irrazonabilidad al valorar la prueba practicada, vulnerando de este modo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución ( artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de las normas sustantivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios mediante las que se ha traspuesto al derecho español la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y en particular de la norma establecida en el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, así como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la que expresamente se excluye el control por parte de los tribunales del contenido de las **cláusulas** generales relativas a los elementos esenciales del contrato, entre las que se comprenden las **cláusulas** de fijación del precio.

»Segundo.- Infracción de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo 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".

»Tercero.- 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 del Tribunal Supremo que interpreta sistemáticamente estas normas sustantivas, doctrina en la que expresamente se excluye que las **cláusulas** generales de los contratos suscritos con empresarios o profesionales sean sometidas al segundo control de transparencia o control de transparencia específico para los contratos con consumidores, y en la que asimismo se excluye que, a través de dicho segundo control de transparencia pueda efectuarse sobre tales **cláusulas** un control de abusividad».

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 21 de febrero de 2018, 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, con fecha 22 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Lugo -Sección 1.ª- en el rollo de apelación n.º 541/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 69/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo».

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 13 de abril 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 17 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 14 de mayo de 2010 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre la compañía mercantil Hermanos Arias Expósito S.L. y la Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra Caixanova (posteriormente, Novagalicia Banco S.A., y en la actualidad Abanca Corporación Bancaria S.A.), por importe de 100.000 €, con plazo de vencimiento quince años y destinado a financiación del circulante de la empresa. Para la primera anualidad se pactó un interés fijo del 5,8% y para los periodos anuales sucesivos, un interés variable de Euribor más tres puntos. Asimismo, se incluyó una **cláusula** (3ª bis e) con el siguiente tenor literal:

«No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) ni superior al quince por ciento (15%)».

En el contrato de préstamo intervinieron como fiadores solidarios D. Cesar , D. Victorio , D. Elias , D.ª Rosaura y D. Gaspar .

2.- La compañía mercantil Hermanos Arias Expósito S.L. fue constituida, mediante escritura pública de 11 de junio de 1991, por D. Gaspar , D. Elias , D. Victorio y D. Cesar . Cada uno de ellos suscribió el 25% del capital social. D. Gaspar y D. Elias eran administradores solidarios de la sociedad cuando se firmó el préstamo.

3.- Hermanos Arias Expósito S.L. y los mencionados fiadores (a excepción de D. Victorio , que había fallecido previamente) formularon una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitaron la nulidad de la **cláusula** de limitación de la variabilidad del tipo de interés, por causar un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes y no haber sido informados debidamente la prestataria y los fiadores de las consecuencias de su inclusión. Así como que se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

4.- Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró nula la **cláusula** controvertida por no superar los controles de incorporación y transparencia, y desestimó el resto de pretensiones.

5.- Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia por la entidad financiera demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó, por las siguientes y resumidas consideraciones: (i) la **cláusula** litigiosa es una condición general de la contratación; (ii) adolece de falta de claridad, transparencia y sencillez, al estar oculta entre una maraña de datos, por lo que no supera el control de incorporación.

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

#### **SEGUNDO.- Único motivo de infracción procesal. Irracionalidad en la valoración de la prueba**

##### *Planteamiento:*

1.- Abanca plantea un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC , por infracción del art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida hace una valoración irrazonable de la prueba, porque llega a una conclusión apodíctica, consecuencia de la confusión entre el control de incorporación y el control de transparencia, a fin de acabar aplicando indebidamente el control de transparencia a un contrato que no era de consumo.

##### *Decisión de la Sala:*

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, 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 .

2.- Lo que se impugna no es propiamente una conclusión fáctica, ni una valoración probatoria, sino una valoración jurídica, relativa a si una determinada **cláusula** de un contrato supera o no los requisitos legales de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Cuestión de orden sustantivo que habrá de ser tratada en el recurso de casación, pero es ajena al recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

#### **TERCERO.- Primer motivo de casación. Improcedencia del control de abusividad o contenido respecto de las **cláusulas** que definen el objeto principal del contrato**

##### *Planteamiento :*



1.- El primer motivo de casación, por el cauce del art. 477.1º LEC , denuncia la infracción de las normas sustantivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCGCU) mediante las que se traspuso al Derecho español la Directiva 93/13/CEE, sobre **cláusulas** abusivas en los contratos con consumidores y, en particular, el art. 8.2 LCGC. Así como la jurisprudencia que excluye expresamente que el control de contenido pueda realizarse respecto de condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato, como es el precio.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que tanto la Directiva 93/13/CEE, como el art. 8.2 LCGC, impiden que pueda realizarse control de contenido sobre las condiciones generales de la contratación que afectan a los elementos esenciales del contrato, como es el precio, y así ha sido reconocido sin fisuras por las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 , 9 de mayo de 2013 , 8 de septiembre de 2014 y 22 de abril de 2015 .

*Decisión de la Sala :*

1.- Las alegaciones contenidas en el motivo son formalmente correctas. Es cierto que, tanto conforme a la propia dicción de la Directiva 93/13/CEE (art. 4.2) y del art. 8.2 LCGC, como a la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, no es posible hacer un control de contenido sobre las condiciones generales de la contratación que regulan los elementos esenciales del contrato (precio y prestación).

2.- Sin embargo, tales alegaciones resultan inútiles a los efectos que nos ocupan, desde el mismo momento en que la sentencia recurrida en ningún momento hace un control de contenido de la **cláusula suelo** controvertida, sino que únicamente hace un control de incorporación. Cosa distinta es que dicho control de incorporación sea correcto y se haya adaptado a las previsiones legales, pero ello es ajeno a este concreto motivo de casación que, por ello, ha de ser desestimado.

**CUARTO.- Segundo motivo de casación. El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación**

*Planteamiento :*

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la parte demandante, al ser una sociedad mercantil, no tiene la cualidad legal de consumidora, por lo que en el contrato no puede realizarse un control de transparencia, sino únicamente de incorporación. Y para eludir dicha imposibilidad legal, la sentencia recurrida, bajo la apariencia de realización de un control de incorporación, realiza realmente un control de transparencia cualificado.

*Decisión de la sala :*

1.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las **cláusulas** que se integran en el contrato.

2.- La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

d) La redacción de las **cláusulas** generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.



b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las **cláusulas** contenidas en el contrato.

**3.-** En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las **cláusulas** generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas **cláusulas** para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la **cláusula**.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una **cláusula** con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

**4.-** Pues bien, la **cláusula** litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado «Tipo de interés aplicable», en un apartado propio, en el que los límites a la variabilidad del tipo de interés se resaltan en letra negrita. Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC.

La sencillez y claridad exigible a la **cláusula** depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Sino que lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

**5.-** Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la **cláusula** está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Lo que es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.

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 (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matej; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso 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.

Como venimos diciendo hasta la saciedad, 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**.

**6.-** Como resultado de lo expuesto, este motivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que se dirán una vez analizado y resuelto el tercer motivo de casación.



**QUINTO.-** Tercer motivo de casación. El control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. Contratos de garantía. Distinto tratamiento según el garante sea o no consumidor, aunque garantice una operación empresarial

Planteamiento :

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC, en relación con los arts. 80 a 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que la jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios no pueden ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor.

Decisión de la Sala :

1.- El ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las 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 8/2018, de 10 de enero ; en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos.

2.- En este caso no puede hacerse una afirmación unívoca sobre si el contrato se celebró o no con consumidores, porque hay dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) y porque hay pluralidad de contratantes, lo que impone un análisis diferenciado.

Respecto del contrato de préstamo, no cabe duda alguna de que no es una relación de consumo, porque la prestataria fue una sociedad mercantil que, *per se* tiene ánimo de lucro ( art. 116 CCom ), y se concertó en el marco de su actividad empresarial (para obtener financiación del circulante de la empresa), por lo que no encaja en los supuestos previstos en el art. 3 TRLGCU.

Más complejo resulta el contrato de fianza. En un supuesto como este, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15 , *Tarcău* ), estableció que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señala el TJUE que dicha

«[p]rotección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar » (apartado 25).

A continuación, el TJUE explica, con cita de la sentencia *Dietzinger* (STJCE de 17 de marzo de 1998 ), que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente « ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal » . En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza (apartado 26).

Con lo cual resuelve el ATJUE que:

« los artículos 1, apartado 1 , y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad » .

La doctrina del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15 , *Dumitras* ), en un supuesto de garantía inmobiliaria (hipoteca), al decir en su fallo:

«Los artículos 1, apartado 1 , y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente

frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente » .

**3.-** En estas resoluciones, el TJUE excluye la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un « vínculo funcional » con el contratante profesional; es decir, no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación.

La cuestión radica, pues, en concretar, respecto de cada uno de los fiadores intervinientes en el contrato litigioso, si tenían vinculación funcional o no con la sociedad deudora principal.

Sobre la caracterización de ese vínculo funcional, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, ya citado, ofrece una primera aproximación, al decir en su apartado 29 (reproducido posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2006, § 34):

« De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

**4.-** Con el término «gerencia» que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso *Dumitras* , que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

En consecuencia, D. Gaspar y D. Elias , en su condición de administradores sociales de la prestataria, tienen vínculo funcional con ella y no pueden ser tratados como consumidores.

**5.-** Más problemática es la cuestión cuando no se trata de administradores, sino de socios con «participación significativa en el capital social».

Más allá de engorrosas magnitudes puramente numéricas o porcentuales que, además, en nuestro Derecho interno son divergentes según recurramos al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (por ejemplo, art. 151), al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores ( arts. 174 y 175), o a la Ley Concursal (art. 93.2.1º), lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas (por todas, STJUE de 25 enero de 2018, asunto C-498/16 ).

Y en el caso que nos ocupa, aparte de que los fiadores Sres. Gaspar Elias Cesar tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25% cada uno), debe tenerse en cuenta la finalidad del préstamo, que fue la financiación del activo circulante de la empresa, por lo que los socios que tenían esa participación también tenían responsabilidad en su *infra-capitalización*. Así como que la prestataria es una sociedad cerrada, mediante la que parte de los socios desempeñaban su propia actividad profesional.

Como consecuencia de lo cual, debe concluirse que los socios fiadores también tenían vinculación funcional con la empresa prestataria.

**6.-** Por último, la fiadora Sra. Rosaura no consta que fuera socia ni administradora, por lo que no cabe apreciar el tan citado vínculo. En consecuencia, únicamente en cuanto a ella deben confirmarse las sentencias de instancia, en el sentido de declarar la ineficacia de la **cláusula suelo** respecto de esta fiadora. Mientras que, respecto del resto de fiadores, debe estimarse también este motivo de casación.

Sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre devolución o restitución de cantidades, porque no consta que la fiadora exonerada de la **cláusula** haya abonado nada por su aplicación.

**SEXTO.-** *Consecuencias de la estimación del recurso de casación*

La estimación de los motivos segundo y tercero de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación y la estimación de la demanda únicamente en lo que respecta a D<sup>a</sup>. Rosaura , en los términos ya expuestos, así como la desestimación del resto de pretensiones.

**SÉPTIMO.- Costas y depósitos.**

- 1.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , las costas del recurso extraordinario por infracción procesal deben ser impuestas a la recurrente.
- 2.- Al haberse estimado el recurso de casación y, con él, también en parte el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ellos, a tenor del art. 398.2 LEC .
- 3.- La estimación en parte de la demanda conlleva la no imposición de costas a ninguna de las partes, según previene el art. 394.2 LEC .
- 4.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de apelación y casación, 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia 149/2015, de 22 de abril, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, en el recurso de apelación nº 541/2014 .
- 2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte contra dicha sentencia, que anulamos y dejamos sin efecto.
- 3.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Hermanos Arias Expósito S.L. y D. Cesar , D. Elías , Dña. Rosaura y D. Gaspar contra la sentencia nº 235/2014, de 1 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo , en el juicio ordinario nº 69/2014, que revocamos.
- 4.º- Estimar en parte la demanda formulada por Hermanos Arias Expósito S.L. y D. Cesar , D. Elías , Dña. Rosaura y D. Gaspar contra Abanca Corporación Bancaria S.A., y declarar que la condición general que establecía la limitación de la variabilidad del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 14 de mayo de 2010 es ineficaz respecto de la fiadora Dña. Rosaura . Desestimándola en todas las demás pretensiones.
- 5.º- Condenar a Abanca Corporación Bancaria S.A. al pago de las costas del recurso extraordinario de infracción procesal.
- 6.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de las causadas en ambas instancias.
- 7.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal.

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