



Roj: **STS 4116/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4116**

Id Cendoj: **28079110012017100601**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **1364/2015**

Nº de Resolución: **639/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 639/2017

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1364/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2017

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE GERONA SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1364/2015

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 639/2017

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. **Pedro Jose Vela Torres**

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representado por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, bajo la dirección letrada de D. Xavier Claver Espax, contra la

sentencia núm. 45/2015, de 12 de marzo, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación núm. 36/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 851/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona. Sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida D. Humberto, representado por la procuradora D.ª Isabel Soberón García de Enterría y bajo la dirección letrada de D.ª Anna Torroella Claver.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Rosa Boadas Villoria, en nombre y representación de D. Humberto, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando íntegramente la demanda:

»1º.- Declare la nulidad de la cláusula suelo del 4% insertada en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el actor con la entidad Caixa d#Estalvis Sabadell (ahora perteneciente a BBVA), en fecha 22.11.2007, con número de protocolo 1.912, ante el Notario de Blanes D. Carlos Manuel Parejo-Merino Parejo, por resultar abusiva.

»2º.- Condene a la demandada a pagar al actor la diferencia entre los intereses cobrados al 4%, y los que resultan en virtud del Euribor más el diferencial de 1,50 puntos. Y que a noviembre de 2013, asciende a la suma de ONCE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y SIETE CÉNTIMOS (11.136,67 €) cantidad reclamada como principal, y que se verá incrementada por los intereses que el actor pague mientras se tramita el presente procedimiento, hasta la firmeza de la sentencia favorable que se dicte. Más los intereses de aquella cantidad, desde el cobro indebido.

»3º.- Condene a la referida entidad bancaria al pago de las costas del presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 26 de febrero de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona, fue registrada con el núm. 851/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Gregoria Tuébols Martínez, en representación de BBVA S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]y previos los trámites procedentes:

»1.- Se sirva admitir la excepción de litispendencia planteada y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 421 LEC y de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222 LEC, de por concluida la Audiencia Previa dictando el correspondiente auto de sobreseimiento del presente procedimiento, con imposición de costas a la parte actora.

»2.- Subsidiariamente a lo anterior, y para el caso de que por ese Tribunal se estime que no existe una total concurrencia de los presupuestos para estimar la excepción de litispendencia previamente solicitada, se sirva admitir la concurrencia de la denominada "litispendencia impropia" o prejudicialidad civil y en su virtud suspenda el presente procedimiento hasta que se resuelva el procedimiento seguido ante el Juzgado Mercantil nº 11 de Madrid, autos 471/10, con imposición de costas a la actora.

»3.- Subsidiariamente a lo anterior, y para el improbable caso de que se desestimen las anteriores excepciones, dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta de adverso, absolviendo a mi representada de los pedimentos contenidos en la demanda, con imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona dictó sentencia núm. 130/2014, de 9 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Rosa Boadas Villoria, en nombre y representación de Humberto, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula 3ª apartado G "limitación a la variabilidad de los tipos de interés" del contrato de préstamo hipotecario suscrito por el actor con la Caixa d#Estalvis de Sabadell (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) en fecha de 22/11/2007.

Así mismo debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar al Sr. Humberto la cantidad de 11.136,67 euros más los intereses legales determinados en el Fundamento Quinto de la presente resolución.

Se imponen las costas a la parte demandada».

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona, que lo tramitó con el número de rollo 36/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva dice:

«DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación del apelante D. BBVA, contra la resolución de fecha 9/10/2014. Dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Girona, en los autos de nº 851/2013 de Procedimiento ordinario, de los que este Rollo dimana, y CONFIRMAMOS íntegramente el Fallo de la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada y declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Gregoria Tuébols Martínez en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC, infracción de las normas contenidas en los artículos 9.3 de la Constitución Española, 8.2 de la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, y art. 3 del RDL1/2007 de 16 de noviembre General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicables para resolver el primer motivo de casación.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.1 LEC, infracción de las normas contenidas en los artículos 9.3 de la Constitución Española, 1.6 y 1303 del Código Civil y 8.1 y 9.2 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

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 12 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia dictada, el día 12 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 36/2015, dimanante del juicio ordinario nº 851/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona».

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 18 de octubre de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- El 22 de noviembre de 2007, D. Humberto suscribió con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 313.000 €. Se pactó un interés variable del Euribor más 1,5% y se incluyó una cláusula de limitación a dicha variabilidad que establecía un «suelo» del 4%.

2.- La finca hipotecada era un solar de 200 metros cuadrados que el Sr. Humberto había comprado para construir una vivienda. El préstamo hipotecario se formalizó como préstamo a promotor, porque se hizo constar que la vivienda se vendería una vez construida.

El Sr. Humberto ejecutó la obra proyectada y construyó una vivienda en el solar. Como no encontró comprador, decidió quedársela y utilizarla como su domicilio familiar. Comunicó al banco el cambio de destino y solicitó autorización para disponer del resto del crédito al promotor, un 20% no entregado y pendiente de la venta de la vivienda, en el que se debía subrogar el propietario definitivo.

3.- El Sr. Humberto interpuso una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la mencionada cláusula suelo y la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.



4.- El Juzgado de lo Mercantil estimó íntegramente la demanda, al considerar, resumidamente, que el demandante tenía la condición legal de consumidor y la cláusula controvertida no superaba el control de transparencia.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera y confirmó la sentencia de primera instancia. En lo que ahora importa, consideró que, si bien el préstamo se concedió en origen para la promoción y venta de una vivienda, se acabó aplicando a la autopromoción de la construcción para uso del prestatario, por lo que en realidad se trató de un préstamo a auto-promotor. De donde concluyó que el demandante intervino en la operación como consumidor.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso de casación. Condición legal de consumidor. Estimación*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo de los arts. 477.2.3.º y 477.3 LEC, por interés casacional, y denuncia la infracción de los arts. 9.3 CE, 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y 3 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU).

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el prestatario demandante no puede ser considerado consumidor porque la finalidad declarada del préstamo era financiar la compra de un solar y la construcción en él de una vivienda para su posterior reventa a un tercero. De manera que la financiación se otorgó en el marco de una actividad empresarial y hace inaplicable al caso la normativa de protección de los consumidores.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque en el motivo se invoca como infringido el art. 3 TRLGCU, ha de advertirse que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 22 de noviembre de 2007, todavía no estaba en vigor el mencionado Texto Refundido, puesto que, si bien se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, no entró en vigor hasta el 1 de diciembre siguiente. Por lo que, en todo caso, lo que se habría infringido sería el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

«2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

A su vez, el art. 3 del TRLGCU, matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

2.- Hecha esta aclaración, no ofrece duda que, a efectos del préstamo para la financiación de la construcción, el auto-promotor es consumidor, puesto que aunque aborde tareas que, en principio, se encomiendan a profesionales, como la gestión de la construcción de un edificio, no lo hace en el marco de una actividad empresarial, sino para la satisfacción de necesidades personales, en este caso las de acceso a una vivienda.

No obstante, la cuestión que se plantea en el caso es que el prestatario no obtuvo el préstamo como auto-promotor, sino como promotor, puesto que la finalidad en ese momento era construir para revender.

3.- Esta precisión temporal es decisiva, pues en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales, ya que afectan a la prestación del consentimiento (arts. 1261 y 1262 CC y 5 LCGC). Máxime si, respecto del control de transparencia, que es el que se postula en la demanda para que se declare la ilicitud de la cláusula suelo litigiosa, hemos insistido en la importancia de la información precontractual (sentencias 367/2017, de 8 de junio; o 593/2017, de 7 de noviembre), porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia:



«44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información».

Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , caso *Matei* ; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , caso *Van Hove* ; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C- 154/15 , C-307/15 y C-308/15 , caso *Gutiérrez Naranjo*.

Y a los efectos que nos ocupan, resultan intrascendentes los avatares posteriores de la inversión realizada por el Sr. Humberto con el dinero obtenido con el préstamo.

4.- Como quiera, pues, que el contrato se suscribió con una finalidad empresarial, de manera que fue un préstamo a promotor y no a auto-promotor, no cabe aplicar la legislación protectora de los 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 , y 587/2017, de 2 de noviembre , en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

En consecuencia, al haber aplicado la Audiencia Provincial una legislación inadecuada al caso, ha infringido los preceptos indicados en el motivo de casación, que debe ser estimado.

TERCERO.- *Asunción de la instancia. Estimación del recurso de apelación y desestimación de la demanda*

1.- La estimación del primer motivo de casación hace innecesario el examen del segundo motivo, ya que lo que procede es la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Y dado que el recurso de apelación tenía el mismo fundamento que el de casación ahora estimado, también debe estimarse y revocar la sentencia de primera instancia.

2.- La estimación del recurso de apelación conlleva la desestimación de la demanda, no solo porque, al no tratarse de una operación de consumo, no procede el control de transparencia de la cláusula controvertida, sino porque tampoco debe declararse su ilicitud o invalidez por otros motivos.

En la demanda, de manera subsidiaria (hecho décimo) se solicita su nulidad por falta de consentimiento, su anulabilidad por error y/o dolo, o su nulidad por ser contraria a la buena fe y causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Pero lo cierto es que, más allá del enunciado de tales pretensiones subsidiarias, no se argumenta, ni mucho menos se justifica, por qué el demandante no prestó su consentimiento (lo que ni siquiera se ha discutido en el procedimiento), ni por qué lo prestó de manera viciada por dolo o error, ni en qué se manifiesta la pretendida mala fe de la entidad prestamista.

Al contrario, la mera lectura de la escritura de préstamo revela que se pactaron condiciones diferentes según se revendiera o no la casa para cuya construcción se pidió la financiación. Por lo que ni cabe considerar que hubiera error en el consentimiento, ni que la prestamista actuara con mala fe.

CUARTO.- *Costas y depósitos.*

1.- Habida cuenta la estimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- Igualmente, al haberse estimado el recurso de apelación, tampoco cabe pronunciamiento condenatorio sobre costas, en aplicación del mismo precepto citado.

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

4.- Igualmente, debe acordarse la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, a tenor de la Disposición adicional 15.ª, 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 de casación formulado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia núm. 45/2015, de 12 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Girona (sección 1.ª), en el Rollo de Apelación núm. 36/2015 , que casamos y anulamos.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia núm. 130/2014, de 9 de octubre, dictada por el Juzgado Mercantil n.º 1 de Girona , en el juicio ordinario n.º 851/2013, que revocamos y dejamos sin efecto.

3.º- Desestimar la demanda formulada por la Procuradora D.ª Rosa Boadas Villoria, en nombre y representación de D. Humberto , contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

4.º- Condenar a D. Humberto al pago de las costas de la primera instancia.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación.

6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

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.