



Roj: **STS 8/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:8**

Id Cendoj: **28079110012018100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **1670/2015**

Nº de Resolución: **8/2018**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 8/2018**

Fecha de sentencia: 10/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1670/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2017

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE GRANADA SECCION N. 3

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1670/2015

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. 8/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. **Pedro Jose Vela Torres**

En Madrid, a 10 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Ángel Jesús , representado por el procurador D. Fernando Julio Herrera González, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Jiménez Chacón, contra la sentencia núm. 56/2015, de 20 de marzo, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación núm. 91/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 966/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada. Sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Rafael Medina Pinazo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Beatriz Carretero Gómez, en nombre y representación de D. Ángel Jesús , interpuso demanda de juicio ordinario contra el Banco Popular S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3% y cuyo contenido literal es:

"3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable a este contrato será del 3,00 por ciento".

»2.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases explicadas "ut supra", y a aquellas otras cantidades que se abonen de más desde este momento hasta la eliminación de la aplicación de la citada cláusula suelo, más sus intereses legales calculados desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta el día de su pago.

»3.- Que ordene a la entidad acreedora a reducir la cuantía de principal del préstamo pendiente de amortización por mi mandante a la cuantía que resulte de la correcta aplicación de las cuotas de amortización correctas recalculadas si el efecto de cláusula suelo, por los motivos expuestos en el cuerpo de nuestra demanda.

»4.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 13 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, fue registrada con el núm. 966/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Encarnación Ceres Hidalgo, en representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]desestime la demanda formulada de contrario en todos sus pedimentos, con expresa imposición a la demandante de las costas causadas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada dictó sentencia núm. 353/2014, de 3 de noviembre , con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo totalmente la demanda presentada por D. Ángel Jesús , representado por el procurador Sra. Carretero Gómez y defendido por el letrado Sr./a. Jiménez Chacón contra Banco Popular S.A. representada por el procurador Sra. Ceres Hidalgo y defendido por el letrado Sr. Medina Pinazo y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones del actor con expresa imposición de costas a la demandante».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Ángel Jesús .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 91/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 20 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de don Ángel Jesús contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Único de Granada en Juicio Ordinario n.º 966/13, de fecha 3 de noviembre de 2014, que se confirma sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes».

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*



1.- La procuradora D.ª Beatriz Carretero Gómez, en representación de D. Ángel Jesús , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 241/2013, de fecha 9-Mayo-2013 , en torno al art. 5 LCGC.

»Segundo.- Infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la consideración del carácter o no de consumidor ( SSTS 18 de junio de 2.012, núm. 406/2012 , siguiendo las anteriores de 18 de Julio de 1.999 , 16 de Octubre de 2.000, nº 992/2000 y 15 de Diciembre de 2.005, nº 963/2005 ). Adicionalmente infracción del art. 217.3 y 7 LEC .

»Tercero.- Infracción de los arts. 7 , 8 y 9 de la Ley Condiciones Generales de la Contratación , de conformidad con los arts. 80 y 82 y ss. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , arts. 10.1 a) y 10.2 de la misma, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del cumplimiento de los requisitos de incorporación y transparencia de las condiciones generales de contratación y de las llamadas cláusulas suelo ( SSTS 9-5-2013 ; 8-9-2014 ; 24-3-2.015 ; Y 25-3-2015 )».

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ángel Jesús contra la sentencia dictada, el día 20 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 91/2015 , dimanante del juicio ordinario nº 966/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada».

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

4.- Por providencia de 15 de noviembre de 2017 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 20 de diciembre, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 31 de octubre de 2007 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre el Banco Popular S.A. y D. Ángel Jesús , por importe de 60.000 €, para financiar la adquisición de un local de uso comercial.

2.- En la cláusula 3.3 de la escritura de préstamo hipotecario, titulada «Límite a la variación del tipo de interés aplicable», se establecía que:

«No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,00 por ciento».

3.- El Sr. Ángel Jesús presentó una demanda en la que ejerció una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contra el Banco Popular S.A., en relación con la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés, y solicitó la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo, así como el re-cálculo del cuadro de amortización.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, por las siguientes y resumidas razones: (i) el prestatario no es consumidor, porque el préstamo se realizó en relación con su actividad profesional o empresarial; y (ii) la cláusula litigiosa es transparente, en cuanto que resulta comprensible y sus consecuencias económicas y jurídicas fueron debidamente explicadas al prestatario.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del prestatario. En lo que ahora importa, consideró resumidamente que no podía hacerse un control de transparencia y abusividad de la condición general de la contratación controvertida, porque el prestatario carecía de la cualidad legal de consumidor en el contrato de referencia, ya que se había celebrado en el marco de su actividad empresarial.

**SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad de los motivos***



1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se basa en tres motivos.

En el primero, se denuncia la infracción del art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). Para justificar el interés casacional, cita la STS 241/2013, de 9 de mayo . Se argumenta, resumidamente, que al ser la cláusula suelo una condición general de la contratación, debería haberse efectuado el doble control de incorporación y transparencia.

En el segundo motivo se denuncia la infracción de los arts. 217.3 y 7 LEC . Se citan como infringidas las SSTS 406/2012, de 18 de junio ; 18 de julio de 1999 ; 992/2000, de 16 de octubre ; y 963/2005, de 15 de diciembre . Se aduce que no es al adherente a quien corresponde acreditar su condición de consumidor.

En el tercer motivo se denuncia la infracción de los arts. 7 , 8 y 9 LCGC y 10.1 a) y 10.2, 80 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU). Se citan como infringidas las SSTS de 9 de mayo de 2013 , 8 de septiembre de 2014 , 24 de marzo de 2015 y 25 de marzo de 2015 . Alega la parte recurrente que debía haberse efectuado el control de transparencia en cuanto a la comprensibilidad real para el adherente del significado jurídico y económico de la cláusula controvertida.

2.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó la inadmisibilidad del mismo. En cuanto a los tres motivos, por incumplimiento de los requisitos del encabezamiento y desarrollo de los mismos, lo que hace imposible deducir claramente su contenido de su formulación, sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación ( art. 481.1 LEC ). En lo que respecta al segundo motivo, alega específicamente que altera la base fáctica que la Audiencia Provincial considera probada ( art. 483.2.4º LEC ).

Tales alegaciones no pueden ser compartidas respecto de los motivos primero y tercero. En los mismos se identifican claramente en el encabezamiento las normas que se consideran infringidas y la jurisprudencia que se considera vulnerada.

Por el contrario, el segundo motivo deviene inadmisibile, por cuanto no cita ninguna norma sustantiva que se considere infringida, sino que señala como tales dos normas de carácter procesal, lo que es inadecuado para el recurso de casación y, en su caso, debería haberse alegado en un recurso extraordinario por infracción procesal.

**TERCERO.-** *Primer y tercer motivos de casación. Condición legal de consumidor. Legislación comunitaria y nacional. Interpretación jurisprudencial*

1.- En la fecha que se firmó el contrato todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establecía en su art. 1, apartados 1 y 2:

«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».

2.- Posteriormente, conforme al art. 3 del TRLGCU, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Como hemos dicho en diversas resoluciones (por ejemplo, sentencias 16/2017, de 16 de enero , 224/2017, de 5 de abril , o 594/2017, de 7 de noviembre , por citar solo algunas de las más recientes) este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007.

Fruto de esta regulación comunitaria, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

3.- La jurisprudencia del TJUE (anteriormente, TJCE) sobre el concepto de consumidor ha evolucionado desde una concepción restrictiva hasta una posición más reciente que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más abierta. En la fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de consumidor de forma limitada, por ejemplo en las SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto *di Pinto* ), o de 17 de marzo de 1998 (asunto *Dietzinger* , sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), en las

que distinguía según el destino final de los bienes o servicios fuera el consumo privado o su aplicación a actividades profesionales o comerciales. Y así, en la STJCE de 3 de julio de 1997, asunto *Benincasa*, se indicó expresamente que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva...pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante». Doctrina reiterada en la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto *Gruber*.

No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso *Costea*) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación. Posición reiterada en los autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, *Tarcão*), 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dimitras*) y 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, *Bachman*).

**4.-** Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre.

**5.-** En aplicación de lo expuesto, la sentencia recurrida declara probado que el prestatario/recurrente no tenía la condición legal de consumidor cuando concertó el préstamo, porque lo solicitó para financiar la adquisición de un local para su explotación comercial, bien por sí mismo o mediante su cesión a terceros. Ante dicha afirmación fáctica, que en esta sede casacional debe quedar incólume, resulta evidente que el recurrente no tenía la cualidad de consumidor y que no puede aplicársele la legislación protectora de los actos de consumo.

A tal efecto, son irrelevantes los avatares posteriores a la suscripción del préstamo, pues lo importante es que se tenga la condición de consumidor cuando se celebra el contrato. Como hemos dicho en la sentencia 639/2017, de 23 de noviembre, 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 (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores), 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*.

**CUARTO.- Inaplicación del control de transparencia a los contratos en que no intervienen consumidores. Reiteración de la jurisprudencia de la sala**

**1.-** El control de incorporación, previsto en el art. 5 LCGC, 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.

**2.-** 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; y 639/2017, de 23 de noviembre; 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.

**3.-** Resulta relevante, además, que en la sentencia de primera instancia se afirmó (y no se contradujo por la Audiencia Provincial) que el contrato respetaba las previsiones de la Orden de Orden de 5 de mayo de 1994,



sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y que el prestatario fue debidamente informado, incluso con proyecciones del impacto económico de la cláusula.

4.- Como consecuencia de todo lo cual, el recurso de casación debe ser desestimado.

**QUINTO.- Costas y depósitos**

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse al recurrente 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 15.<sup>a</sup>, 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 D. Ángel Jesús contra la sentencia núm. 56/2015, de 20 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª), en el Rollo de Apelación núm. 91/2015 .

2.º- Condenar al recurrente 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.