



Roj: **STS 2013/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2013**

Id Cendoj: **28079110012018100311**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **2102/2015**

Nº de Resolución: **322/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 322/2018

Fecha de sentencia: 30/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2102/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO, SECC. 1.^a

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2102/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 322/2018

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 30 de mayo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador Rafael Silva López. Es parte recurrida la entidad Soriebla S.L., representada por la procuradora María Soledad Ruiz Bullido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Carlos Cabo Silva, en nombre y representación de la entidad Soriebla S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, contra la entidad Novagalicia Banco S.A. (antigua Caixa Galicia), para que se dictase sentencia:

«en la que se declare:

»- La nulidad de la **cláusula suelo** limitativa del tipo de interés variable 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. José Manuel López Cedrón con fecha 9 de abril de 2007 el nº 1628 de su protocolo suscrita entre Soriebla S.L. y Caixa Galicia (actual Novagalicia Banco), 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 el Escritura de Constitución de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada ante el Notario de Lugo D. José Manuel López Cedrón con fecha 9 de abril de 2007 y nº 1628 de su protocolo (Euribor + 0,50 en la fase de carencia, y Euribor + 0,75 en la fase de amortización) sin la **cláusula suelo** que limita el tipo de interés a un mínimo del 3,75% y 3,25 respectivamente).

»- La devolución de las cantidades cobradas indebidamente desde el 1 de junio de 2010, que ascienden a 13.607,47 € o a la cantidad que resulte después de la prueba practicada, más los intereses legales.

»- Las costas judiciales».

2. El procurador Álvaro Martín Buitrago Calvet, en representación de la entidad NCG Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase 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».

3. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por el procurador don Carlos Cabo Silva en representación la entidad Soriebla S.L., contra la entidad Novagalicia, S.A., con condena en costas a la parte actora».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Soriebla S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, mediante sentencia de 24 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se estima el recurso de apelación.

»Se revoca la sentencia apelada.

»Se acuerda en su lugar la estimación parcial de la demanda y en consecuencia.

»1) Se declara la nulidad de la **cláusula suelo** limitativa del tipo de interés variable del contrato, insertada en el apartado tercero bis de la Escritura de Constitución del Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada ante el Notario de Lugo D. José Manuel López Cedrón con fecha 9 de abril de 2007 el nº 1628 de su protocolo suscrita entre Soriebla S.L. y Caixa Galicia (actual Novagalicia Banco), y por lo tanto, se tenga por no puesta o inexistente, manteniendo la vigencia del contrato sin el citado límite mínimo.



»2) Se condena 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. José Manuel López Cedrón con fecha 9 de abril de 2007 y nº 1628 de su protocolo (Euribor + 0,50 en la fase de carencia, y Euribor + 0,75 en la fase de amortización) sin la **cláusula suelo** que limita el tipo de interés a un mínimo del 3,75 y 3,25 respectivamente.

»Así como a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente desde el 9 de mayo de 2013, más los intereses legales.

»No se hace condena en costas en ninguna de las instancias.

»Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir».

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

1. El procurador Álvaro Martín Buitrago Calvet, en representación de la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. (anteriormente NCG Banco S.A.), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 5.5 y 7.b) de la LCGC.

»2º) Infracción de los arts. 5.5 y 7.b) de la LCGC, en relación con los arts. 8.2 de la misma Ley, en relación con los arts. 80 a 82 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios .

»3º) Infracción de los arts. 5.5 y 7.b) en relación del art. 8.1 de LCGC».

2. Por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2015, la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador Rafael Silva López; y como parte recurrida la entidad Soriebla S.L., representada por la procuradora María Soledad Ruíz Bullido.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de febrero de 2018 , con la siguiente parte dispositiva:

«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 24 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Lugo -Sección 1^a- en el rollo de apelación n.º 106/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 709/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Soriebla S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 9 de abril de 2007, Soriebla, S.L. suscribió con Caixa Galicia (luego NGC Banco, S.A. y ahora Abanca) un contrato de préstamo hipotecario, para financiar una promoción inmobiliaria, a interés variable, el Euribor a doce meses más un diferencial durante la fase de carencia del 0,5% y en la fase de amortización del 0,75%.

El contrato contenía una referencia a una **cláusula suelo** y una **cláusula** techo, para la fase de carencia de amortización, en la ordinal 1 del pacto 3 bis, del siguiente tenor literal:

«**TERCERA BIS, TIPO DE INTERÉS VARIABLE:**



»1.- **FASE DE CARENCIA DE AMORTIZACIÓN.** El tipo de interés nominal anual vigente en cada período trimestral de interés de la fase de carencia de amortización, a partir de la fecha prevista en el párrafo primero del número 1 de la **cláusula** TERCERA, se determinará sumando un "margen" de **0,50** puntos porcentuales al "tipo de referencia" que corresponda al período sin, que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del **9,75 %** ni ser inferior al **3,75 %**, límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés aplicable convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el PRESTATARIO, no obstante, este margen será de **0,250** puntos porcentuales a la obtención de la licencia, sin que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del **9,75 %** ni ser inferior al **3,25%** límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés aplicable convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el prestatario».

Y otra referencia a la **cláusula suelo** y la **cláusula** techo, para la fase de amortización, en la ordinal 2 del pacto 3 bis, del siguiente tenor literal:

« **2. FASE DE AMORTIZACIÓN.** El tipo de interés nominal anual vigente en cada período anual de interés de la fase de amortización se determinará sumando un "margen" de **0,75** puntos porcentuales al "tipo de referencia" que corresponda al período, sin que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del **9,75%** ni ser inferior al **3,25 %**, límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés aplicable convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el PRESTATARIO».

Y, en cualquier caso, en el apartado 4 advertía lo siguiente:

4. «El tipo de interés, que en ningún caso, durante la fase de amortización, podrá exceder del **9,75%** ni ser inferior al **3,25%**, será objeto de revisión anual, siempre que haya variación del tipo de referencia y con independencia de cuál sea esta».

2. Soriebla, S.L. presentó una demanda en la que pedía la nulidad de la **cláusula suelo** limitativa del interés variable del contrato, insertada en el apartado TERCERO bis de la escritura de préstamo hipotecario, y en consecuencia que se tuviera por no puesta y se restituyeran las cantidades indebidamente cobradas.

Esta pretensión de nulidad la fundaba, en primer lugar, en el carácter abusivo de la **cláusula**, en cuanto que no guardaba reciprocidad el límite máximo con el límite mínimo al interés variable. También denunciaba la falta de transparencia de la **cláusula**, por la forma en que estaba redactada y su inclusión junto con una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaba enmascarada y que diluían la atención del contratante.

3. El juzgado después de advertir que la demandante era una sociedad mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria, que carecía de la condición de consumidora y por ello de la protección conferida por la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, centró su atención en la protección que podía depararle la Ley de Condiciones Generales de la Contratación respecto de las exigencias de incorporación, previstas en los arts. 5 y 7 . El juzgado concluyó que la **cláusula** cumplía con estas exigencias y por ello desestimó la demanda:

«La **cláusula** litigiosa está contenida en un contrato de préstamo hipotecario para financiar una actividad empresarial de la actora, la construcción de una nueva promoción de viviendas, no puede apreciarse que en su predisposición por la entidad financiera se hayan desconocido las garantías establecidas en la LCGC en cuanto se trata de un préstamo celebrado con persona cualificada, promotora, destinado para financiar su actividad empresarial y que por su importancia económica 1.515.284 €, exigió un importante periodo de negociación dentro de los límites permitidos por las condiciones de la entidad demandada. La **cláusula suelo** se encuentra dentro de la estipulación tercera bis referida a la regulación del interés variable aplicable al préstamo, y si bien se le dedica todo un apartado, el número 4 a la misma, en dicha estipulación tercera bis se menciona destacado en negrita el tipo de interés mínimo del 3'25 % hasta en dos ocasiones más, en el número 1 al regular la fase de carencia de amortización, y en el número al referirse a la fase de amortización. La redacción es clara en cuanto viene siempre seguida a la mención del "tipo de referencia" seguida inmediatamente de la expresión "que en ningún caso dicho tipo de interés pueda exceder del **9'75 %** ni ser inferior al **3'75 %**».

4. La sentencia de apelación estima el recurso interpuesto por la demandante. Entiende que la **cláusula** impugnada es «oscura y poco transparente», lo que comporta que no pase el control de incorporación, en atención a las razones siguientes:

«a) Se titula tipo de intereses variable pero no se destaca en la mención descriptiva la existencia de **CLÁUSULA** TECHO **SUELO**.

»b) La redacción es farragosa y oscura. En principio se habla de unos límites de 9,75 y 3,75, pero luego se añade, no obstante este margen será de 0,250 puntos porcentuales a la obtención de la licencia (sic), desconociéndose y dejando huérfana de explicación el significado, para luego añadir, unos nuevos límites que si bien coinciden en el techo 9,75 %) ya no en el **suelo** (3,25), sin que tampoco sumando al 3,25 el citado 0,250, nos lleve al **suelo** primeramente reseñado. Posteriormente en el nº 2 de la **cláusula** titulado FASE DE



AMORTIZACIÓN se vuelve a establecer un nuevo margen de 0,75 reiterando un **suelo**-techo, coincidente con el segundo antes mencionado.

»Finalmente se establece una mención a otro tipo de interés máximo del 7,50 €.

«c) La profusa descripción de datos y los distintos tipos, impide conocer con claridad cuál es la contraprestación real del prestatario, cuando la entidad financiera que redacta la **cláusula** pudo efectuar un contenido claro, transparente y sencillo».

5. Frente a la sentencia de apelación, Abanca ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo* . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia que «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 ».

En el desarrollo del motivo, esta infracción es referida a la valoración de la prueba «en orden a considerar que la **cláusula suelo** analizada no supera el denominado control de incorporación o control de inclusión establecido en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . Aunque la jurisprudencia de esta sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada para la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

La valoración de la prueba que se impugna en el recurso es la que permite concluir que la **cláusula suelo** no cumple con las exigencias del control de incorporación. Esta valoración es eminentemente jurídica, razón por la cual no puede impugnarse, como pretende el motivo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC por considerarse «irrazonable». En su caso, la impugnación de esta valoración jurídica debería realizarse por medio del recurso de casación.

TERCERO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia «la infracción de 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"».

En el desarrollo del motivo, se razona que el tribunal al realizar el control de las **cláusulas** ha aplicado en la práctica el rigor propio del control de transparencia (segundo control) reservado para la protección de consumidores. E insiste que en este caso se cumplen las exigencias de carácter objetivo propias del control de inclusión.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo primero* . La **cláusula** controvertida ha sido incorporada en un contrato de préstamo hipotecario como una condición general predispuesta por el banco. Aunque el prestatario sea un empresario, resulta indiscutible la aplicación de las exigencias de incorporación contenidas en los arts. 5 y 7 b) de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). La Audiencia ha entendido que la **cláusula** cuestionada, relativa a los límites al interés variable, no cumple con las exigencias del art. 7 b) LCGC.

Conforme a este precepto:

«(n)o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

»b) Las que 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».

Como ha resaltado la doctrina, estas condiciones de inclusión no deben considerarse requisitos para el consentimiento del cliente sobre el contenido de las condiciones generales sino sólo sobre su existencia.



Para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa. Y para juzgar sobre este extremo, hemos declarado en otras ocasiones que «la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la **cláusula** controvertida» (sentencias 688/2015, de 15 de diciembre , y 402/2017, de 27 de junio).

Debemos pues examinar si, en atención a lo que es objeto de contratación (un préstamo hipotecario para una promoción inmobiliaria), y a la complejidad de lo que se pretende regular con la **cláusula** controvertida (la determinación del interés variable y su limitación según se encuentre el préstamo en la fase de carencia o en la de amortización), las **cláusulas** cuestionadas son claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente.

En este caso, en que el banco concede un préstamo a una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria, a interés variable, con un previo periodo de carencia al posterior de amortización del préstamo, la **cláusula** refiere en cada caso cuales serían los límites mínimo y máximo, en los apartados 1 y 2, y en el 4 advierte cuales serían esos límites en todo caso. Además, resalta estos porcentajes en negrita, lo que impide que pudieran quedar confundidos con el resto del redactado. Por el producto que se comercializa, una hipoteca destinada a un promotor inmobiliario, y la forma en que está redactada, no puede negarse que, de forma abstracta, cumpla las reseñadas exigencias de claridad y comprensibilidad. Lo cual es a su vez compatible con que pudiera existir algún problema puntual de interpretación, y que en su resolución se aplicara la regla que con carácter general prevé el art. 1288 CC , y con carácter particular el art. 6.2 LCGC («Las dudas de interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente»).

3. En consecuencia, procede estimar el motivo y casar la sentencia recurrida, sin que sea necesario entrar a analizar el resto de los motivos de casación. Al asumir la instancia, desestimamos el recurso de apelación porque, de acuerdo con lo argumentado, la **cláusula** controvertida cumple las exigencias de incorporación, sin que, en atención a la condición de no consumidor, pueda aplicarse los controles de contenido y transparencia pretendidos en la demanda.

CUARTO. Costas

1. Desestimado el recurso de extraordinario por infracción procesal de Abanca, imponemos a la recurrente las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

2. Estimado el recurso de casación de Abanca, no hacemos expresa condena de las costas generadas por el recurso (art. 398.2 LEC).

3. La estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación formulado por Soriebla, S.L. y la imposición a la apelante de las costas de la apelación (art. 398.1 LEC).

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 de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) de 24 de abril de 2015 (rollo 106/2015), con imposición de las costas del recurso al recurrente.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) de 24 de abril de 2015 (rollo 106/2015), sin imposición de las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Soriebla, S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo de 22 de diciembre de 2014 (juicio ordinario 709/2014), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.