Roj: **STS 812/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:812**

Id Cendoj: **28079110012020100159**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **11/03/2020**
Nº de Recurso: **3022/2017**
Nº de Resolución: **168/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 168/2020

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3022/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 18

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3022/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 168/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Marcelino Bartolomé Garretas, bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos, contra la sentencia núm. 196/2017, de 31 de mayo, dictada por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en

el recurso de apelación núm. 291/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 244/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Dª Teodora y D. Juan Enrique , representada/o por la procuradora D.ª Ana Vázquez Pastor y bajo la dirección letrada de D.ª Almudena Velázquez Cobos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Ana Vázquez Pastor, en nombre y representación de D.ª Teodora y D. Juan Enrique , interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

· "Se DECLARE NULA de pleno derecho la siguiente cláusula incluida en el préstamo hipotecario que vincula a la demandada y a la parte actora cuyo contenido literal es el siguiente:

"En todo caso, el tipo de interés resultante no podrá nunca ser inferior al 6,50 por ciento, cualquiera que sea la referencia que corresponda aplicar".

· Se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y se abstenga de aplicarla en el futuro a mi representada en sede del referido contrato.

· Se CONDENE a la demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas por ésta de más a la demandada durante el desenvolvimiento del préstamo, como consecuencia de la aplicación de la anterior cláusula, a contar desde la suscripción de la escritura de préstamo hipotecario, incrementada en la que de igual forma se abone de más por la parte demandante a la demandada por el mismo motivo durante toda la tramitación del procedimiento.

· Se CONDENE a la demandada a abonar a la parte actora los INTERESES LEGALES de las cantidades a cuya restitución resulte condenada conforme a lo interesado en el presente Suplico, considerando el término inicial para su cálculo el del día de la realización de cada uno de los abonos realizados por la parte demandante.

· Se CONDENE en costas a la entidad demandada.

"SUBSIDIARIAMENTE SUPLICO: para el caso de que no resultase atendido el anterior suplico, se dicte sentencia por la que:

· Se DECLARE NULA de pleno derecho la siguiente cláusula incluida en el préstamo hipotecario que vincula a la demandada y a la parte actora cuyo contenido literal es el siguiente:

"En todo caso, el tipo de interés resultante no podrá nunca ser inferior al 6,50 por ciento, cualquiera que sea la referencia que corresponda aplicar."

· Se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y se abstenga de aplicarla en el futuro a mi representada en sede del referido contrato.

· Se CONDENE a la demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas por ésta de más a la demandada durante el desenvolvimiento del préstamo, como consecuencia de la aplicación de la anterior cláusula, a contar desde la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, incrementada en la que de igual forma se abone de más por la parte demandante a la demandada por el mismo motivo durante toda la tramitación del procedimiento.

· Se CONDENE a la demandada a abonar a la parte actora los intereses legales de las cantidades a cuya restitución resulte condenada conforme a lo interesado en el presente suplico, considerando el término inicial para su cálculo el del día de realización de cada uno de los abonos realizados por la parte demandante.

· Se CONDENE en COSTAS a la entidad demandada."

2.- La demanda fue presentada el 20 de abril de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada, se registró con el núm. 244/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Marcelino Bartolomé Garretas, en representación de Abanca Corporación Bancaria, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] se acuerde dictar sentencia por la que:

1. Con carácter principal y con desestimación íntegra de la demanda que se contesta, acuerde absolver a mi mandante de todos los pedimentos deducidos contra la misma y todo ello con condena en costas a la actora.

2. Subsidiariamente por opuestos a la pretensión de la demandante de la devolución de los intereses percibidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo con anterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013."

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado n.º 1 de Fuenlabrada dictó sentencia n.º 201/2016, de 2 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y ESTIMO la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

"Primero.- Declarar la no incorporación de la estipulación suelo, siendo la estipulación Tercera bis, apartado 6 de la escritura de préstamo hipotecario de 11/5/2012 entre Teodora y Juan Enrique y Abanca Corporación Bancaria, S.A.; manteniendo el contrato su eficacia excepto por la eliminación de la condición general declarada no incorporada.

"Segundo.- Condenar a Abanca Corporación Bancaria, S.A. a restituir a Teodora y Juan Enrique el exceso de las cantidades indebidamente percibido por aplicación de la cláusula declarada no incorporada; así como intereses calculados en la forma explicada en el Fundamento V antecedente.

"Tercero.- Condenar al pago de 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 Abanca Corporación Bancaria S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 291/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 31 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA representada por el Sr. Procurador D. Marcelino Bartolomé Garretas contra Sentencia de fecha 7 (sic) de Noviembre de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada en autos de Juicio Ordinario nº 244-2016 promovidos a instancia de Dña. Teodora y D. Juan Enrique representados por la Sra. Procuradora Dña. Ana Vázquez Pastor, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo las costas procesales generadas en esta segunda instancia a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido".

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

1.- El procurador D. Marcelino Bartolomé Garretas, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- 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.

"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 [SSTS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) y de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2550/2016)], 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 el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 1258 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia 367/2016, de 3 de junio de 2016 y sentencia 57/2017 de 3 de febrero de 2017."

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia dictada, el día 31 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 291/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 244/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada."

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 10 de enero de 2020 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 27 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 11 de mayo de 2012, D. Juan Enrique y Dña. Teodora , como prestatarios, y Abanca Corporación Bancaria S.A. (en lo sucesivo, Abanca), como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, si bien con una limitación a la variabilidad del tipo de interés (suelo) del 6,50%.

La finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi de Madrid.

2.- Los mencionados prestatarios formularon una demanda contra Abanca, en la que solicitaron que se declarase la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Resumidamente, consideró que la cláusula litigiosa no superaba el control de incorporación, porque al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo, los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del tipo de interés.

En consecuencia, declaró la no incorporación de la cláusula litigiosa y condenó a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad demandada, el recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó que la cláusula no superaba el control de incorporación.

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Improcedencia del control de transparencia en contratos entre profesionales*

Planteamiento:

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

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que el control de transparencia únicamente es procedente en los contratos celebrados con consumidores, cualidad que no tenían los prestatarios, dada la finalidad empresarial del préstamo.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque es cierto que, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta sala, en los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación en los que los adherentes no son consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación, la Audiencia Provincial no ha realizado un control de transparencia, puesto que es consciente de que los demandantes no son consumidores (el prestatario por ser un empresario individual y la prestataria por la vinculación funcional que supone la responsabilidad patrimonial del cónyuge del citado empresario).

La Audiencia Provincial, confirmando el criterio de la sentencia de primera instancia, considera que la cláusula no supera el control de incorporación porque los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer su inclusión en el contrato y, por tanto, su mera existencia. Lo que no supone hacer un control de transparencia, sino un control de incorporación, que es pertinente respecto de cualquier adherente, sea consumidor o profesional. Como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo:

" En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]"- ".

2.- Razón por la que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- *Segundo motivo de casación. Caracterización del control de incorporación*

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7.b LCGC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo representada por las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 3 de junio de 2016.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente sostiene, resumidamente, que la jurisprudencia de esta sala limita el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación a la constatación de la mera transparencia documental o gramatical.

Decisión de la Sala:

1.- No es correcto afirmar, utilizando para ello la cita parcial de alguna sentencia, que la jurisprudencia de esta sala limite el control de incorporación a la comprensibilidad gramatical. Precisamente, bastaría con reiterar la cita de la sentencia 241/2013 que hemos reproducido en el fundamento anterior para ver que no es así.

2.- Como declaramos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, y hemos reiterado en otras múltiples resoluciones, para que una condición general de la contratación supere 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. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad.

Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los arts. 5 y 7 LCGC.

3.- Razones por las cuales este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

CUARTO.- *Tercer motivo de casación. Buena fe contractual*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, y 52/2017, de 3 de febrero.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida, al declarar la nulidad de la cláusula suelo por considerar que la entidad prestamista actuó con abuso de posición dominante e infracción de las reglas de la buena fe contractual no ha tenido en cuenta el deber de diligencia empleado por el adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la limitación a la variabilidad del tipo de interés del préstamo.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo no ataca realmente la *ratio decidendi* de la sentencia, que es que la cláusula no supera el control de incorporación porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre. Que es precisamente el argumento de la sentencia de primera instancia, cuya fundamentación expresamente acepta la de la Audiencia Provincial, para considerar que los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer la existencia de la cláusula suelo. Conclusión fáctica que no ha sido rebatida mediante un recurso extraordinario por infracción procesal y que no podemos revisar en casación.

El resto de consideraciones de la sentencia recurrida sobre la buena fe contractual o el abuso de posición dominante son meros argumentos de refuerzo, pues lo decisivo es que la cláusula no fue correctamente incorporada al contrato.

2.- Como recuerda la sentencia 85/2019, de 12 de febrero, es reiterada la jurisprudencia que afirma que el recurso de casación únicamente puede dirigirse contra el fallo y, de manera indirecta contra el razonamiento operativo o *ratio decidendi* [razón de decidir] de la sentencia. No cabe, en consecuencia, impugnar razonamientos auxiliares, accesorios, secundarios u *obiter dicta* [expresiones incidentales] o, a mayor abundamiento, cuya hipotética eliminación no alteraría el camino lógico que conduce a la conclusión obtenida en el fallo. De tal forma que las diversas consideraciones que puedan hacerse en la resolución y no

tengan dicho carácter trascendente para la decisión judicial son casacionalmente irrelevantes (sentencias 454/2007, de 3 de mayo; 230/2008, de 24 de marzo; 374/2009, de 5 de junio; 258/2010, de 28 de abril; 737/2012, de 10 diciembre; y 185/2014, de 4 de abril).

3.- En consecuencia, el último motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

QUINTO.- *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que deban imponerse sus costas a la parte recurrente, según ordena el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, procede la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

F A L L O

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 interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia núm. 196/2017, de 31 de mayo, dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 291/2017.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ