



Roj: **STS 43/2022 - ECLI:ES:TS:2022:43**

Id Cendoj: **28079110012022100018**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2022**

Nº de Recurso: **4049/2018**

Nº de Resolución: **26/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1715/2018,**
STS 43/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 26/2022

Fecha de sentencia: 18/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4049/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SEVILLA SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4049/2018

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 26/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 18 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, bajo la dirección letrada de D. Alberto Rojas Rodríguez, contra la sentencia de 7 de junio de 2018, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 3198/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 380/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Sevilla, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida D. Octavio y D. Pelayo, representados por la procuradora D.ª Noemí Hernández Martínez y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Javier Fernández Sánchez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Noemí Hernández Martínez, en nombre y representación de D. Pelayo y D. Octavio, interpuso demanda de juicio ordinario contra La Caixa en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que:

"1.- Se declare la nulidad PARCIAL, por abusiva de la cláusula contenida en la Escritura originaria de 24 de octubre de 2006, contenida en la cláusula tercera de las estipulaciones de dicha escritura, en lo referente a el tipo mínimo del 4% ni superior al 14%, señalada con la letra d, así como las limitaciones contenidas en el anexo primero de la escritura de novación, de 17 de noviembre de 2009, en el apartado intereses ordinarios nº 3.7, interés nominal mínimo en las revisiones.

"2.- Se condene a la entidad la CAIXA, a restituir a los actores las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la estipulación impugnada, desde la fecha de 24 de octubre de 2006, y posteriormente desde la fecha de novación, 17 de noviembre de 2009, hasta la fecha en la que fue suprimida voluntariamente por las cajas, fecha en la que se dejó de aplicar la cláusula suelo. Cantidad que se determinará mediante la operación aritmética de calcular el interés del capital pendiente al tipo de Euribor más un punto desde esa fecha restándola de la cantidad efectivamente abonadas, hasta el momento en el que efectivamente se ejecute.

"3.- Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 4 de marzo de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Sevilla, se registró con el núm. 380/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Sevilla dictó sentencia de fecha 2 de noviembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Hernández Martínez en nombre y representación de don Pelayo y don Octavio contra Caixabank, la debo absolver y absuelvo de todos los pedimentos contenidos en la misma.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pelayo y de D. Octavio.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 3198/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de junio de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 2 de noviembre de 2016, dictó el Juzgado de Primera Instancia número 27 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, debemos declarar y declaramos la nulidad de la llamada cláusula suelo inserta en la escritura pública de préstamo hipotecario que es objeto de los mismos, condenando a la demandada, Caixabank, a que devuelva a los demandantes, Don Pelayo y Don Octavio, las cantidades que, desde un

primer momento, abonaron éstos en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales de las mismas, desde las fechas de su abono, sin que se haga imposición de las costas causadas en ambas instancias".

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

1.- El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único .- La sentencia recurrida infringe el art. 217.1 y 7 LEC en relación con el art. 469.1.2º LEC, sobre la inversión de la carga de la prueba de la condición de **consumidor** de los prestatarios e infracción del principio de la carga y de la facilidad probatoria."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- La sentencia recurrida contraviene la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Supremo sentada en la sentencia de 5 de abril de 2017, e infringe el art. 3 TRLGDCU, en relación con el art. 471.1 y 3 LEC, al no ostentar los prestatarios la condición de **consumidores** pues el destino del préstamo no es de consumo.

"Segundo.- La sentencia recurrida contraviene lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada por las sentencias de 15 de noviembre de 2017, 24 de marzo de 2015, y 9 de mayo de 2013, e infracción de las normas contenidas en los artículos 5 y 7 de la LCGC, por la incorrecta aplicación del control de incorporación."

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 15 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Caixabank S.A. frente a la sentencia de 7 de junio de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 3198/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 380/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Sevilla".

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

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 12 de enero de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 24 de octubre de 2006, D. Pelayo y D. Octavio suscribieron con monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (actualmente, Caixabank S.A.) un contrato de préstamo hipotecario por importe de 370.000 € a interés variable, si bien con una cláusula de limitación a la variabilidad de dicho interés (cláusula suelo) del 4%.

El 17 de noviembre de 2009 ambas partes firmaron una escritura de novación modificativa del anterior contrato, con una ampliación del capital prestado, manteniendo el mismo interés variable, pero con una cláusula suelo del 4,98%.

El 7 de agosto de 2015, la prestamista dejó de aplicar la cláusula suelo, que modificó por Euribor más 1,24%.

2.- Los Sres. Pelayo y Octavio formularon una demanda contra Caixabank en la que solicitaron la nulidad de las dos cláusulas suelo pactadas y la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.

3.- Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que los demandantes no tenían la condición legal de **consumidores**, puesto que aunque una de las fincas hipotecadas fuera una vivienda, la finalidad del préstamo fue la financiación de la adquisición de un local comercial para su explotación empresarial. Por lo que resultaban improcedentes los controles de transparencia y abusividad postulados en la demanda.

4.- El recurso de apelación interpuesto por los demandantes fue estimado por la Audiencia Provincial por las siguientes razones: (i) la entidad demandada no ha probado que la finalidad del préstamo fuera empresarial; (ii) en todo caso, las cláusulas controvertidas no superan el control de incorporación, porque no consta que se



entregara a los prestatarios la oferta vinculante exigida por la Orden de 5 de mayo de 1994, ni que el notario hiciera una advertencia específica al efecto.

5.- La parte demandada formuló un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Único motivo de infracción procesal. Prueba de la condición de **consumidor**

1.- El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1. 2º LEC y denuncia la infracción del art. 217.1 y 7 LEC, en cuanto a la carga de la prueba de la **cualidad** legal de **consumidor**.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial infringe el mencionado precepto al considerar que es al prestamista a quien corresponde acreditar que los prestatarios no son **consumidores**, cuando dicha carga compete a los prestatarios que afirman tener dicha **cualidad**.

TERCERO.- Decisión de la sala. La prueba de la condición de **consumidor**

1.- Como declaramos en la sentencia 436/2021, de 22 de junio, ni la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con **consumidores**, ni la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios de 1984 (vigente cuando se celebró el contrato original), ni el TRLCU de 2007 (vigente ya a la fecha de novación), ni tampoco la jurisprudencia del TJUE o de esta sala, establecen reglas específicas sobre la carga de la prueba de la condición de **consumidor**, porque dicha **cualidad** legal no se puede fijar de manera apriorística, sino que, por su carácter objetivo, habrá de atenderse de forma esencial a la finalidad profesional o particular de la operación objeto del contrato. Es decir, habrá que estar a las circunstancias de cada caso.

Como recordó la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*):

"El concepto de "**consumidor**" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada **consumidor** respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada)".

La única regla al respecto podría formularse a *sensu contrario*: si no constara que el bien o servicio objeto del contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no podría negarse la **cualidad** de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúna los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro.

2.- En este caso, según la propia parte prestataria, un tercio del préstamo se destinó a la cancelación de un préstamo previo sobre una vivienda y los dos tercios restantes a la adquisición de un local comercial y una plaza de garaje anexa.

Como expresamos en la sentencia 224/2017, de 5 de abril, las Directivas sobre protección contractual de **consumidores** (básicamente, las Directivas 93/13/CEE, 1999/44/CE, y 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, no abordan en su articulado el problema de los contratos mixtos o con doble finalidad (profesional y particular). Si bien, el considerando 17 de la última de las Directivas citadas aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como **consumidor**.

Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así, en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) se consideró que el contratante es **consumidor** si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo ("insignificante en el contexto global de la operación de que se trate", en palabras textuales de la sentencia).

De manera más explícita, si cabe, la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (*Maximilian Schrems*), indicó:

"32 Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que



pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 39)".

3.- Desde ese punto de vista no cabe considerar que la finalidad profesional fuera marginal o tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación. Por el contrario, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, los prestatarios no pueden tener la **cualidad** legal de **consumidores**.

Tampoco se ha acreditado que la finalidad fuera meramente inversora. Al contrario, constando en las actuaciones datos que indican claramente la finalidad empresarial predominante del préstamo, como es que la mayor parte del capital se destinó a adquirir un local de negocio cuyo objeto típico es el desarrollo de una actividad profesional o empresarial, un hecho excepcional como es que el mencionado inmueble no fuera a destinarse a tal finalidad debe ser probado, y la falta de prueba de tal hecho excepcional ha de perjudicar a quien basa su pretensión en su condición de **consumidor**.

4.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser estimado. Y de acuerdo con lo previsto en el apartado 7º de la Disposición Final Decimosexta LEC, procede dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

CUARTO.- Nueva sentencia. Desestimación del recurso de apelación

1.- En la demanda se ejercitó la acción de nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia y subsiguiente abusividad, bajo la premisa de que se trataba de un contrato de consumo. Por lo que descartada dicha premisa, tales controles de transparencia y abusividad resultan improcedentes.

2.- En cuanto al control de incorporación, como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos por la sala).

3.- Como tales circunstancias no concurren en este caso, desde el punto de vista de la cognoscibilidad a que hacíamos antes referencia, no podemos compartir la conclusión de la sentencia recurrida sobre la no superación del control de incorporación, en los términos de los arts. 5 y 7 LCGC, puesto que los demandantes tuvieron posibilidad real y efectiva, con un mínimo de diligencia, de conocer la existencia de la cláusula suelo.

4.- Como consecuencia de ello, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirmarse la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según establece el art. 398.2 LEC. Y al ser innecesario el examen del recurso de casación, tampoco procede hacer expresa imposición de sus costas.

2.- La desestimación del recurso de apelación implica que deban imponerse sus costas a la parte apelante, conforme previene el art. 398.1 LEC.

3.- Igualmente, debe acordarse la devolución de los depósitos constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, a tenor de 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- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Caixabank S.A. contra la sentencia de 7 de junio de 2018, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Recurso de Apelación núm. 3198/2017.

2.º- Desestimar el recurso de apelación formulado por D. Pelayo y D. Octavio contra la sentencia núm. 239/2016, de 2 de noviembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Sevilla, que confirmamos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.º- Imponer a D. Pelayo y D. Octavio las costas del recurso de apelación.

5.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación.

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