



Roj: **STS 309/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:309**

Id Cendoj: **28079110012020100080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2020**

Nº de Recurso: **2378/2017**

Nº de Resolución: **80/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 338/2017,**  
**STS 309/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 80/2020**

Fecha de sentencia: 04/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2378/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2020

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA SECCIÓN 1.ª

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2378/2017

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. 80/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 4 de febrero de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Ibercaja Banco S.A., representada por la procuradora Isabel Covadonga Juliá Corujo, bajo la dirección letrada de D. Francisco José Horcajo Muro, contra la sentencia núm. 207/2017, de 21 de abril, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 529/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 198/2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Exprolog Álava S.L., D.ª Manuela, D. Lucio y D. Marcial, representados por el procurador D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero y bajo la dirección letrada de D. Óscar Molinuevo Díez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª María Boulandier Frade, en nombre y representación de Exprolog Álava S.L., D.ª Manuela, D. Lucio y D. Marcial, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros (actualmente Ibercaja Banco S.A.), en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que, estimando la demanda, se declare la nulidad del límite mínimo establecido para los tipos de interés variable en la escritura hipotecaria, de 1 de julio de 2008 en la escritura pública otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Bilbao, con residencia en Vitoria-Gasteiz Juan Kutz Azqueta, al número 1.134 de su protocolo, integrando la parte del contrato afectada por la nulidad, conforme al fundamento de derecho décimo, condenando a Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros (actualmente Ibercaja Banco S.A.) a estar y pasar por la anterior declaración, con expresa imposición de las costas a la demandada."

2.- La demanda fue presentada el 30 de marzo de 2015 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, se registró con el núm. 198/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Concepción Mendoza Abajo, en representación de Ibercaja Banco S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia n.º 123/2016, de 29 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Se desestima la demanda interpuesta por Exprolog Álava S.L., Lucio, Marcial y Manuela, representados por la Procuradora María Boulandier Frade contra Ibercaja Banco, S.A, representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo.

Se condena en costas a los demandantes".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Exprolog Álava S.L., D. Lucio, D. Marcial y D.ª Manuela.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 529/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de abril de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Que en relación al recurso de apelación interpuesto por Exprolog Álava, S.L., D. Marcial, D. Lucio y D.ª Manuela, representados por la Procuradora Sra. Boulandier, frente a la sentencia dictada, con fecha 29 de abril de 2016, por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad en el Juicio Ordinario seguido ante el mismo con el número 198/2015, del que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de estimar la demanda rectora de la presente Litis, y:

- Declarar la nulidad del límite mínimo establecido para el tipo de interés variable en la escritura pública otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Bilbao, con residencia en Vitoria-Gasteiz, D. Juan Kutz Azqueta, con fecha 1 de julio de 2008, número 1.134 de su protocolo:

- Condenar a Ibercaja Banco, S.A., representada por la Procuradora Sra. Mendoza, a estar y pasar por la anterior declaración;

- Condenar a Ibercaja Banco, S.A. a devolver los intereses indebidamente cobrados por aplicación de la cláusula suelo y por encima del tipo variable pactado, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, más el interés legal desde las fechas de su respectivo cobro hasta el pago;



- Imponer las costas de la primera instancia a la demandada, ahora apelada.

"Y, todo ello, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Concepción Mendoza Abajo, en representación de Ibercaja Banco S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Se formula al amparo del motivo 2º del artículo 477.2.3º de la LEC, denunciando la infracción del artículo 80 del TRLGCU, y del artículo 8, apartados 1 y 2, de la LCGC, y de la jurisprudencia establecida en las sentencias del pleno de esta Sala Nº 241/2013, de 9 de mayo y en la Nº 367/2016, de 3 de junio, así como en la sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1ª, Nº 57/2017, de 30 de enero.

"Segundo.- Se formula al amparo del motivo 2º del artículo 477.2.3º de la LEC, denunciando la infracción del artículo 8, apartado 1, de la LCGC, en relación con el artículo 1258 del Código Civil y de la jurisprudencia establecida en las sentencias del pleno de esta Sala Nº 241/2013, de 9 de mayo y en la sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, Nº 57/2017, de 30 de enero"

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 10 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ibercaja Banco S.A. contra la sentencia dictada, el día 21 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Álava -Sección 1ª-, en el rollo de apelación n.º 529/2016, dimanante del juicio ordinario nº 198/2015, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria".

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 2 de diciembre de 2019 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 30 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 1 de julio de 2008, la compañía mercantil Exprolog Álava S.L., como prestataria hipotecante, y D. Marcial, D. Lucio y Dña. Manuela, como fiadores solidarios, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la Caja de Ahorros del Círculo Católico de Burgos (actualmente, Ibercaja Banco S.A.), por importe de 1.505.000 €.

En la escritura se pactó un interés variable, si bien con un suelo del 3,75%.

La finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de un pabellón para su posterior arrendamiento por la sociedad prestataria.

2.- Los mencionados prestataria y fiadores formularon una demanda contra Ibercaja, 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 desestimó la demanda. Resumidamente, consideró que, al no ser consumidor el prestatario, no procedían los controles de transparencia y abusividad, y la cláusula litigiosa superaba el control de incorporación.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, el recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia apelada y estimó la demanda. En lo que ahora importa, consideró que la cláusula litigiosa causó un desequilibrio de la posición contractual del adherente y modificó subrepticamente el contenido que podría haberse representado respecto del interés acordado.

#### **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. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU) y 8.1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en relación con las sentencias de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, 367/2016, de 3 de junio, y 57/2017, de 30 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que, la sentencia ha realizado indebidamente un control de transparencia sobre la cláusula litigiosa, al ser improcedente en un contrato en el que la parte adherente no es consumidora.

*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 (la prestataria por ser una sociedad mercantil de capital y los fiadores por tener vinculación funcional con ella).

La Audiencia Provincial declara la nulidad de la cláusula, porque, con fundamento en la remisión que hace la exposición de motivos de la LCGC a la nulidad contractual, considera que el predisponente ha hecho un uso abusivo de su posición de dominio contractual y ha impuesto una regulación contraria a las expectativas legítimas de los adherentes. Cuestión que es ajena al control de transparencia.

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

**TERCERO.- Segundo motivo de casación. Buena fe contractual**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC y la jurisprudencia establecida en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 57/2017, de 30 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente sostiene, resumidamente, que el art. 1258 CC es una norma de integración del contenido del contrato que no puede utilizarse para trasladar subrepticamente el contenido del art. 82.1 TRLUCU a un contrato entre empresarios.

*Decisión de la Sala:*

1.- En esta fase procesal no puede ser discutido ya que los demandantes carecían de la cualidad legal de consumidores, porque dicho pronunciamiento ha quedado firme. De donde resulta, como ha quedado dicho, la improcedencia de los controles de transparencia y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (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; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras).

2.- En la demanda únicamente se ejercitó una acción de nulidad por falta de transparencia, pese a lo cual, la Audiencia declara la nulidad de la cláusula por contravención de la buena fe contractual, con invocación de los arts. 1258 CC y 57 CCom.

Al margen de los problemas de incongruencia, por alteración de la *causa petendi*, que ello pueda conllevar, que no podemos tratar por no haber sido denunciados en el recurso extraordinario por infracción procesal, como en la demanda no se hizo mención a la nulidad por esta causa, no se argumentó al respecto, ni se formuló prueba al efecto, por lo que no hay base para decidir sobre el particular.

Como declaramos en la sentencia 57/2017, de 30 de enero:

"Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las "cláusulas sorprendentes" (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

"Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la



diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

"Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente".

3.- En este caso, no consta que concurran tales circunstancias y lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en el caso enjuiciado en la sentencia 647/2019, de 28 de noviembre, reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales, como demuestra que, al final, el elemento determinante de su argumentación sea el desequilibrio de la posición contractual del adherente. Cuando el desequilibrio entre las posiciones de las partes es justamente la esencia de la abusividad (art. 82.1 TRLCU), que sedicentemente se acaba declarando.

4.- En consecuencia, el segundo motivo de casación debe ser estimado y al asumir la instancia, por los mismos razonamientos, debemos desestimar el recurso de apelación formulado por los demandantes y confirmar la sentencia de primera instancia.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por él, conforme establece el art. 398.2 LEC.

2.- Al haberse desestimado el recurso de apelación, deben imponerse sus costas a los apelantes, a tenor del art. 398.1 LEC.

3.- Igualmente, procede la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, 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 de casación interpuesto por Ibercaja Banca S.A. contra la sentencia núm. 207/2017, de 21 de abril, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación n.º 529/2016.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Exprolog Álava S.L., D. Marcial , D. Lucio y Dña. Manuela contra la sentencia núm. 123/2016, de 29 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria, en el juicio ordinario núm. 198/2015, que confirmamos.

3.º- Imponer a Exprolog Álava S.L., D. Marcial , D. Lucio y Dña. Manuela las costas del recurso de apelación.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de 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.