



Roj: **STS 1591/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1591**

Id Cendoj: **28079110012020100254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2020**

Nº de Recurso: **3490/2017**

Nº de Resolución: **296/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 537/2017,**
STS 1591/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 296/2020

Fecha de sentencia: 12/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **3490/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/04/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ÁLAVA SECCION N. 1

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: **3490/2017**

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. 296/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A, representada por el procurador D. Javier González Fernández, bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos, contra la sentencia núm. 335/2017, de 10 de julio, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 260/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 459/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vitoria. Ha sido parte recurrida Carnicería Charcutería Elvira S.L., representada por la procuradora Dª Isabel Gómez Pérez de Mendiola y bajo la dirección letrada de Dª Ana Arrazola Gómez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de Carnicería Charcutería Elvira S.L, interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que:

"1.- Declare la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Preliminar de la presente demanda, es decir, de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de interés.

"2.- Condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación de los contratos de préstamo hipotecario de mi mandante.

"3.- Se condene a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que hubiera cobrado desde el 9 de mayo de 2013 en virtud de la condición nula, concretándolas provisionalmente en:

a) NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES Y NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (9.883,95 €), correspondientes al importe percibido por la demandada desde el 9 de mayo de 2013 a 10/05/2016.

b) Las demás cuantías que haya percibido desde la presentación de esta demanda, que deberán determinarse en fase de ejecución.

c) Los intereses legales y judiciales de cada una de las cuantías que hubiera cobrado como consecuencia de la condición nula, desde la fecha en la que se abonaron hasta la fecha que sea restituida".

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

2.- La demanda fue presentada el 25 de mayo de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, se registró con el núm. 459/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Ana Rosa Frade Fuentes, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con la imposición de las costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vitoria dictó sentencia n.º 40/217, de 16 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por Carnicería Charcutería Elvira, S.L. contra Abanca Corporación Bancaria, S.A. debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos realizados en su contra.

Con imposición de costas a Carnicería Charcutería Elvira, S.L.".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Carnicería Charcutería Elvira S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número 260/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2017, cuya parte dispositiva establece:



"ESTIMAR el recurso interpuesto por Carnicería Charcutería Elvira SL representada por la procuradora Isabel Gómez contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria en el procedimiento Ordinario nº 459/2016, REVOCANDO la misma y, en consecuencia, que ESTIMANDO la demanda interpuesta por CARNICERÍA CHARCUTERÍA ELVIRA SL, debemos DECLARAR y DECLARAMOS la nulidad de la cláusula Tercera Bis primer párrafo (cláusula suelo) del contrato de préstamo firmado entre Abancaja Corporación Bancaria SA (antes Caixa Galicia) y la actora el 30 de agosto de 2.005, CONDENANDO a Abancaja Corporación Bancaria SA a:

- a) Eliminar dicha condición general de la contratación del contrato del préstamo mencionado.
- b) La restitución a la actora de las cantidades que hubiera cobrado de más por aplicación de esta cláusula desde el 9 de mayo de 2.013, que provisionalmente cifra la demanda en 9.883,95 euros desde esa fecha. Y las demás cuantías que haya percibido desde la presentación de la demanda y que se determinarán en ejecución de sentencia.
- c) Todo ello con los intereses legales que correspondan desde la fecha de pago.
- d) Con expresa imposición de las costas de la instancia a la parte demandada; sin hacer especial pronunciamiento de esta apelación".

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

1.- La procuradora D. Ana Rosa Frade Fuentes, 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 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".

"Segundo.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 1.258 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia 367/2016 de 3 de junio de 2016 -acompañada como doc. nº 2- y sentencia 57/2017 de 30 de enero de 2017 como doc. nº 3."

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 18 de diciembre 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 10 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 260/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 459/2016, del Juzgado de Primera Instancia 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.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de abril de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 30 de agosto de 2005 la compañía mercantil Carnicería Charcutería Elvira S.L. (en lo sucesivo, Carnicería Elvira) suscribió un contrato de préstamo hipotecario con la entidad Abanca Corporación Bancaria SA (en adelante Abanca), con la finalidad de financiar su actividad empresarial.



El importe del préstamo era de 247.000 € y se pactó su devolución en veinticinco años, con un tipo de interés variable de Euribor más 0,65 puntos. No obstante, se incluyó una cláusula que limitaba la variabilidad del tipo de interés al 3% en suelo, con un techo del 10%.

2.- Carnicería Elvira formuló una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar, resumidamente, que cuando suscribió el contrato la prestataria tenía conciencia de la existencia de la cláusula suelo, de la que no consta que se impusiera con mala fe o para sorprender las legítimas expectativas de la prestataria respecto del coste del préstamo.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la demandante, el recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial, que consideró que la cláusula no superaba el control de incorporación.

Como consecuencia de ello, revocó la sentencia de primera instancia, declaró la nulidad de la cláusula litigiosa y ordenó la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Caracterización del control de incorporación de condiciones generales de la contratación*

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) y de la jurisprudencia establecida en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 3 de junio de 2016.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que el control de incorporación se limita únicamente a la mera transparencia documental o gramatical y no a la información sobre la carga jurídica y económica de la cláusula controvertida, que es propio del control de transparencia. Es decir, la Audiencia Provincial hace pasar como control de inclusión lo que realmente es control de transparencia.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión 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 recientemente por la sala).

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo:

"[la] cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

2.- En este caso, la Audiencia Provincial consideró que como el empleado del banco no conocía la cláusula suelo tampoco la conocía el cliente. Pero dicho tipo de conocimiento no se refiere a la incorporación, sino al funcionamiento de la cláusula, es decir a la consciencia sobre su carga jurídica y económica, lo que constituye control de transparencia y no de inclusión. De hecho, la sentencia recurrida hace otras valoraciones propias del control de transparencia, sobre la entrega a tiempo de la oferta precontractual o la explicación sobre los escenarios hipotéticos en función de la evolución de los tipos de interés.

De esta manera, lo que la Audiencia Provincial hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la prestataria no pudo comprender el alcance de la cláusula a lo que se está refiriendo es a su comprensibilidad de la carga jurídica y económica.

3.- Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser estimado.

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 contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, y 52/2017, de 30 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida, al declarar nula la cláusula suelo por considerar que vulnera la buena fe contractual, no ha tenido en cuenta el deber de diligencia empleado por la prestataria para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo, la limitación que conlleva el control sobre el precio y que no estamos ante una cláusula insólita que pueda calificarse de sorprendente.

Decisión de la Sala:

1.- En la demanda únicamente se ejercitó una acción de nulidad por falta de transparencia, pese a lo cual, la Audiencia Provincial, para declarar la nulidad de la cláusula suelo, aparte de considerar que no superaba el control de incorporación, añadió como argumento de refuerzo que contravenía 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 mediante un 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".

2.- En este caso, no consta que concurren tales circunstancias y lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en los casos enjuiciados en las sentencias 647/2019, de 28 de noviembre, y 80/2020, de 4 de febrero, reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el segundo motivo de casación también debe ser estimado.

CUARTO.- Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que, al anular la sentencia recurrida, debemos asumir la instancia para resolver el recurso de apelación de la demandante contra la sentencia de primera instancia desestimatoria de su pretensión.



2.- Como quiera que la demandante carecía de la condición legal de consumidora, al ser una sociedad de capital, resultan improcedentes 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).

3.- En consecuencia, debemos desestimar el recurso de apelación formulado por la demandante y confirmar la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- 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 la apelante, 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 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 de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia núm. 335/2017, de 10 de julio, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 260/2017, que anulamos y casamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Carnicería Charcutería Elvira S.L. contra la sentencia núm. 40/217, de 16 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria, en el juicio ordinario núm. 459/2016, que confirmamos.

3.º- Imponer a Carnicería Charcutería Elvira S.L. 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.

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

Así se acuerda y firma.