



Roj: **STS 2782/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2782**

Id Cendoj: **28079110012021100488**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2021**

Nº de Recurso: **1081/2017**

Nº de Resolución: **506/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 506/2021

Fecha de sentencia: 07/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1081/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1081/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 506/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 7 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 46/2017, de 1 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia



Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 34/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pontevedra, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente Abanca Corporación Bancaria, S.A., representado por el procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey y bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos.

Es parte recurrida D. Obdulio, representada por la procuradora D.ª María Rosario Castro Cabezas y bajo la dirección letrada de D. José Benito Laredo Lorenzo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María del Rosario Castro Cabezas, en nombre y representación de D. Obdulio, interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

"1º.- La nulidad por abusiva de la cláusula limitativa de interés fijada en el sub-apartado séptimo del apartado tercero de la Cláusula tercer-bis del contrato de préstamo hipotecario celebrado el 3 de febrero de 2011 entre la entidad demandada, Abanca Corporación, y el demandante, D. Obdulio, condenando a la entidad financiera Abanca Corporación a adaptar el importe de las cuotas al interés variable contratado desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, y devolviendo las cantidades cobradas como resultado de la aplicación de la cláusula tercera bis desde esa fecha.

"2º.- La nulidad por abusiva de los intereses de demora que se establece en la cláusula sexta del contrato de préstamo hipotecario celebrado el 3 de febrero de 2011 entre la entidad demandada, Abanca Corporación, y el demandante, D. Obdulio, condenando a la entidad financiera demandada a pasar por dicha declaración de nulidad con los efectos propios de la misma.

"3º.- Asimismo, que se condene a la parte demandada al pago de todas las costas procesales de conformidad con el artículo 394 LEC".

2.- La demanda fue presentada el 22 de enero de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pontevedra, fue registrada con el n.º 34/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey, en representación de Abanca Corporación Bancaria, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pontevedra dictó sentencia 106/2016, de 14 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sra. Castro Cabezas en nombre y representación de D. Obdulio, absolviendo a la demandada "Abanca Corporación Bancaria S.A." de los pedimentos que le afectaban, con imposición de las costas del pleito a la demandante".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Obdulio. La representación de Abanca Corporación Bancaria, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 884/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 46/2017, de 1 de febrero, cuyo fallo dispone:

"Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Obdulio contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pontevedra en el juicio ordinario n.º 34/2016, revocando parcialmente la misma y, en consecuencia, estimar parcialmente la demanda interpuesta contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., declarando la nulidad de la cláusula 6ª a) del contrato de préstamo celebrado el 3 de febrero de 2011 relativa a la fijación de un interés de demora del 25%, si bien el principal seguirá devengando el interés remuneratorio.

"Todo ello sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias. Con restitución del depósito constituido".

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

1.- El procurador D. Francisco Toucedo Rey, en representación de Abanca Corporación bancaria, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Con fundamento en el motivo previsto en el art. 469.1.2° LEC, la sentencia recurrida infringe el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y el deber de congruencia (art. 218.2 LEC) de las sentencias.

"Tercero.- Con base en el motivo previsto en el art. 469.1.4° LEC, la sentencia recurrida vulnera el derecho de defensa de esta parte (art. 24 CE) al infringir el principio de contradicción (art. 456.1 LEC), incurriendo en "mutatio libelli" (art. 412.1 LEC).

"Cuarto.- Con fundamento en el motivo previsto en el art. 469.1.2° LEC, la sentencia recurrida infringe el deber de motivación de las sentencias (art. 218.2 LEC y 24 CE), como consecuencia de la incoherencia interna entre sus razonamientos."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- la sentencia recurrida infringe el tanto el art. 1.108 como el art. 1.154 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta [sentencias de esta Sala de 17 de enero de 2012 (roj: sts 500/2012), 17 de abril de 2015 (roj: sts 1705/2015), 29 de diciembre del 2009 (roj: sts 4842/2014) y 3 de diciembre del 2014 (roj: sts 8269/2009)], al anular la pena convencional (interés de demora) específicamente establecida en un contrato suscrito entre empresarios para el específico supuesto de morosidad en el cumplimiento de las obligaciones de pago.

" Segundo. La Sentencia recurrida crea un nuevo límite a la autonomía de la voluntad, no contemplado en los artículos 1.255 y 1.258 del Código Civil, al aplicar indebidamente a una contratación entre empresarios el concepto de desequilibrio importante establecido en la LCU, con oposición a la jurisprudencia de esta Sala [Sentencias de 17 de enero del 2012 (Roj: STS 500/2012), 9 de mayo de 2013 (RÓJ: STS 1916/2013), 22 de abril de 2015 (RoJ: STS 1723/2015) y 21 de enero de 2016 (ROJ: STS 28/2016)] que determina la exclusiva aplicación del concepto de "desequilibrio importante", propio del control de contenido (art. 82.1 LCU), a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, y la imposibilidad de su extensión a los contratos celebrados entre empresarios.

"Tercero.- La sentencia recurrida infringe las reglas de la aplicación analógica (art. 4.1 CC) en relación con el concepto legal de consumidor establecido en la normativa de consumidores (art. 3 LCU), y se opone a la jurisprudencia de esta sala que impide ampliar los criterios de la abusividad (art. 82 LCU) al enjuiciamiento de contratos entre empresarios [Sentencias de esta sala de 28 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2820/2014), 30 de abril de 2015 (RoJ: STS 1923/2015) y 28 de junio de 2015 (Roj: STS 3802/2015)], sin que el control de abusividad en la contratación entre empresarios resulte de los arts. 1.255 y/o 1.258 del Código Civil".

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de febrero de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D. Obdulio se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de julio de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- El 3 de febrero de 2011, D. Obdulio suscribió, como prestatario, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con Abanca Corporación Bancaria S.A., por importe de 186.000 euros.

En la escritura se pactó un interés variable, si bien con un suelo del 3,25% y un techo del 12%. También se pactó un interés demora de un 25% anual.

La finalidad del préstamo, según declararon los tribunales de instancia, era en su mayor parte la financiación de inversiones empresariales del deudor.



2.- El Sr. Obdulio formuló una demanda contra Abanca, en la que solicitó, al amparo de la legislación de protección de consumidores y alegando su condición de consumidor, que se declarase la nulidad por abusivas de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés y del interés de demora.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Resumidamente, consideró que, dado el destino empresarial de préstamo, el prestatario no tenía la condición de consumidor, por lo que no procedía la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas impugnadas.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad bancaria, el recurso de apelación fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia apelada exclusivamente en cuanto a la cláusula sobre los intereses de demora. En lo que ahora importa, consideró que esa cláusula causó un desequilibrio de la posición contractual del adherente, con cita de la sentencia de esta sala de 1 de octubre de 2012, conforme a la que, si bien el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, ello "no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios". Y concluyó con el siguiente razonamiento:

"Desde la perspectiva expuesta podrán ser reputadas nulas y como tales ineficaces las condiciones generales abusivas impuestas por un predisponente, que sean contrarias a la moral (art. 1255 del CC), introduciendo, en contra de los postulados de la buena fe (art. 1258 CC), un desequilibrio importante e injustificado de los derechos y obligaciones de las partes, contrario así a la buena fe (art. 7 CC), situación que podemos considerar existente, en el caso que enjuicamos, en el que se impuso un interés de demora de nada menos el 25%".

5.- Abanca ha formulado un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en cuatro motivos, y otro recurso de casación, articulado en tres motivos, que han sido admitidos

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo.*

1.- El primer motivo, con fundamento en el art. 469.1.2º LEC, denuncia que la sentencia recurrida infringe el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y el deber de congruencia de las sentencias (art. 218.2 LEC).

2.- En su desarrollo se alega que la sentencia impugnada "se aparta de la esencia de la pretensión ejercitada por la demandante-apelante (nulidad por abusividad en aplicación de la normativa de consumo), desnaturalizando así el debate mantenido entre las partes a lo largo del procedimiento y concediendo algo que queda fuera del contenido y alcance de la acción ejercitada"; que el demandante invocaba su condición de consumidor, sin mencionar en ningún momento en la instancia que su pretensión se fundase en las reglas generales de las obligaciones y contratos del Código civil, y sin que hubiera alegado ni propuesto prueba sobre el supuesto desequilibrio o actuación contraria a la buena fe de la recurrente. La Audiencia, a juicio de la recurrente, no habría respetado el objeto procesal así acotado al declarar la nulidad de la cláusula del interés de demora sobre la base de preceptos del Código civil, "introduciendo de esta manera y *ex novo* un debate en la 2ª instancia al margen de la controversia mantenida por las partes, que en esencia era sobre la condición o no de consumidor del apelante".

TERCERO.- *Decisión de la sala. Los principios de justicia rogada y congruencia.*

El motivo deber ser estimado por las razones que exponemos a continuación.

1.- El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC).

2.- Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, en atención a la petición y a la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los



preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo solicitado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

3.- En la demanda inicial del procedimiento se ejercitó en exclusiva una acción individual de nulidad de la cláusula del interés de demora por abusividad, sobre la base de que los prestatarios eran consumidores, pese a lo cual la Audiencia declaró la nulidad de la cláusula por contravención de la buena fe contractual, con invocación de los arts. 7, 1255 y 1258 CC. Como en la demanda no se hizo mención de la nulidad por esta causa no había base para decidir sobre el particular.

Como hemos dicho en algunas sentencias (por ejemplo, 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, o 59/2020, de 28 de enero), vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Pero tal modalidad de nulidad debe invocarse debidamente en la demanda, a fin de que la parte demandada pueda defenderse razonadamente de la concreta causa de nulidad que se ejercita. Lo que no se hizo en este caso.

4.- Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida alteró la causa de pedir, al conceder una pretensión que la demandante no había planteado en la instancia y, como consecuencia de ello, infringió los principios procesales de justicia rogada y congruencia (arts. 216 y 218 LEC), por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser estimado, sin necesidad de analizar el resto de sus motivos.

5.- *Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y desestimación del recurso de apelación.* De conformidad con lo dispuesto en los arts. 469.1. 4º y la regla 7ª del apartado primero de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede anular la sentencia recurrida y, como consecuencia de ello, debemos desestimar íntegramente el recurso de apelación y confirmar, por sus propios fundamentos, la sentencia de primera instancia.

CUARTO .- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por él, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia implica que deban imponerse sus costas al apelante, conforme ordena el art. 398.1 LEC.

3.- Asimismo, debe ordenarse la devolución del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación, 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.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Abanca Corporación Bancaria, S.A. contra la sentencia n.º 46/2017, de 1 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 884/2016.

2.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Obdulio contra la sentencia núm. 106/2016, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pontevedra, en el juicio ordinario núm. 34/2016, que confirmamos.

3.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal.

4.- Imponer al apelante las costas causadas por su recurso de apelación.

5.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ