



Roj: **STS 4358/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4358**

Id Cendoj: **28079110012018100715**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2018**

Nº de Recurso: **1451/2016**

Nº de Resolución: **728/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 202/2016,**
STS 4358/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 728/2018

Fecha de sentencia: 20/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1451/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/12/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BURGOS SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1451/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 728/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 20 de diciembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Ezequiel y Cisce 2005 S.L, representados por la procuradora D.ª Irene Gutiérrez Carrillo, bajo la dirección letrada de D. Pedro Corvo Román, contra la sentencia núm. 110/2016, de 8 de marzo, dictada por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos en el recurso de apelación núm. 412/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 70/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Burgos, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García- Liñán.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Paula Gil-Peralta Antolín, en nombre y representación de Cisce 2005 S.L y de D. Ezequiel , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se declare la nulidad de las estipulaciones de la Escritura de Préstamo con Garantía de Hipoteca Inmobiliaria otorgada con fecha 16 de marzo de 2009, en la Notaría del Notario de Valladolid, Don Julián Manteca Alonso-Cortés, aportada como documento núm. 1 de la demanda, en cuanto a los puntos, extremos o apartados invocados y referenciadas en este escrito, es decir, de las **Cláusulas** Quinta, Octava, Novena, Décimo Primera, Décimo Segunda y Décimo Cuarta, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Burgos y fue registrada con el núm. 70/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Alejandro Junco Petrement, en representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez, de refuerzo, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Burgos dictó sentencia n.º 262/2015, de 24 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Paula Gil Peralta Antolín contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Junco Petrement; con expresa imposición de costas a la parte demandante".

5.- Por auto de fecha 10 de septiembre de 2015 se aclaró la anterior sentencia, en el sentido de hacer constar que, las defensas de los demandantes la ostentaban la letrada D.ª Susana Santamaría Santamaría y el letrado D. Pedro Corvo Román.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Cisce 2005 S.L y de D. Ezequiel .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos, que lo tramitó con el número de rollo 412/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Paula Gil Peralta Antolín contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Burgos en los autos de juicio ordinario 70/2014 que se confirma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada".

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

1.- La procuradora D.ª Paula Gil-Peralta Antolín, en representación de D. Ezequiel y de la mercantil Cisce 2005, S.L., 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 Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción (por inaplicación) del art. 682.1.1º de la L.E.C. en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de Medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, reestructuración



de deuda y alquiler social, norma que entró en vigor el día de su publicación en el B.O.E. (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013), y que, por tanto, que lleva en vigor menos de 5 años.

"Segundo.- Se formula al amparo del motivo 2º del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción del art. 8 de la LCGC y de la Jurisprudencia existente al respecto, pudiendo citar, al respecto, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 1 de marzo de 2012; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2011; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2010 y, más recientemente, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 30 de abril de 2015.

"Tercero.- Se formula al amparo del motivo 2º del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción del art. 9 de la LCGC y de la Jurisprudencia existente al respecto, pudiendo citar, al respecto, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 1 de marzo de 2012; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2011; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2010 y, más recientemente, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 30 de abril de 2015.

"Cuarto.- Se formula al amparo del motivo 2º del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando que la Sentencia dictada por la Sección 3ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos vulnera el artículo 6.3 del Código Civil, y, además, se opone a la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo pudiendo citar, al respecto, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 1 de marzo de 2012; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2011; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2010 y, más recientemente, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 30-4-2015, nº 227/2015, rec. 929/2013, Pte: Sarazá Jimena, Rafael."

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 11 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ezequiel contra la sentencia dictada, el día 12 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 412/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 70/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Burgos."

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 12 de noviembre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 16 de marzo de 2009 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre Banco Popular S.A., como prestamista, y la compañía mercantil Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L. (en adelante, Fincas y Alquileres), como prestataria, por importe de 3.300.000 €, con la finalidad de financiar una promoción de viviendas.

En dicho contrato intervino como hipotecante no deudora la sociedad Cisce 2005 S.L. (en adelante, Cisce), que ofreció en garantía la mitad indivisa de una finca de su propiedad (finca registral n.º NUM000 del Registro de la Propiedad n.º 5 de Valladolid). Y como fiador solidario, D. Ezequiel .

En la fecha del contrato, D. Ezequiel era apoderado solidario de Cisce y presidente de su consejo de administración, así como administrador solidario de Fincas y Alquileres.

2.- En la escritura se incluyó una **cláusula** relativa a la tasación de la finca hipotecada, que decía:

"A efectos procesales se tasa cada una de las fincas hipotecadas en el equivalente al principal de que cada una responde".

Como lo que se había hipotecado era la mitad indivisa de una finca, se tomó en consideración la mitad de la responsabilidad hipotecaria y se tasó en 3.300.000 €.



Sin embargo, conforme a la tasación de una empresa especializada, el valor de la mitad indivisa sería de 11.279.105,97 €.

3.- El Sr. Ezequiel y Cisce presentaron una demanda en la que solicitaron la nulidad por abusiva de la mencionada **cláusula** que establecía el valor de tasación de la finca hipotecada.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, por considerar, resumidamente, que la **cláusula** litigiosa superaba el control de incorporación y no podía someterse al control de abusividad, al no ser consumidores los demandantes.

5.- Recurrida la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la entidad prestamista, únicamente en lo relativo a aclarar que la nulidad pretendida en la demanda era por falta de transparencia.

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Art. 682.2.1º LEC. Tipo de la subasta*

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por inaplicación, del art. 682.1.1º LEC, en su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida debería haber aplicado el mencionado precepto, que impone que el tipo de la subasta del bien hipotecado no puede ser inferior al 75% de su valor de tasación, conforme a la Ley del Mercado Hipotecario.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 682.2.1º LEC (y no 682.1.1º como, sin duda por error material, se dice en el recurso), en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no estaba en vigor cuando se firmó el contrato en que se incluye la condición general cuya nulidad se pretende. La nueva redacción del precepto no determina *per se* la ilicitud ni la nulidad de la estipulación, ni produce una situación de ilegalidad sobrevenida.

En todo caso, las previsiones que incluye el nuevo contenido del artículo y el régimen de Derecho transitorio anudado al mismo podrán influir en la ejecución hipotecaria que, según la demanda, se había iniciado y paralizado, lo que es ajeno a la pretensión declarativa formulada en este procedimiento. Llegado el momento, habrá de ser en dicha ejecución hipotecaria donde se plantee y dirima qué efectos tiene el cambio normativo sobre la ejecución en curso.

2.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado sin más trámite.

TERCERO.- *Segundo motivo de casación. Condiciones generales de la contratación*

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y de la jurisprudencia contenida en las SSTs de 1 de marzo de 2012, 7 de octubre de 2011, 14 de julio de 2010 y 30 de abril de 2015.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que no cabe afirmar que únicamente quepa hacer el control de incorporación, puesto que se trata de una **cláusula** no negociada individualmente que causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, resulta completamente arbitraria y enriquece injustamente a la parte predisponente.

Que no quepa hacer control de abusividad en contratos entre profesionales no quiere decir que el predisponente no pueda abusar de su posición de dominio, en cuyo caso la **cláusula** sería nula.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo contiene una mezcolanza de alegaciones heterogéneas, en que se superponen argumentos de diferente naturaleza y efectos. Por un lado, se alega que la **cláusula** es una condición general de la contratación, lo que no es negado en la sentencia recurrida. Por otro, en tanto que se insiste reiteradamente en el desequilibrio en las prestaciones, se está postulando un control de abusividad que únicamente es propio de los contratos en que el adherente es consumidor. Y por otro, se hace mención, como consecuencia de la alegación de abuso de posición dominante contractual (figura imprecisa a la que se refiere expresamente con tal denominación la exposición de motivos LCGC) a la nulidad contractual, cuando la misma afectaría, en su caso, a todo el contrato y no solo a una de sus estipulaciones.

2.- Pero es que, además, aunque en la demanda se hacía una mención genérica a dicho abuso de posición dominante, realmente se estaba pretendiendo un control de abusividad, con cita expresa de los arts. 8 LCGC y



82.1 TRLGCU, sobre la base de que los demandantes podían ser considerados consumidores al haber actuado con un propósito ajeno a su actividad profesional. Alegación esta última que, como veremos al resolver el siguiente motivo de casación, no es correcta.

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

CUARTO.- *Tercer motivo de casación. Condición de consumidor*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 9 LCGC y de las SSTs de 1 de marzo de 2012, 7 de octubre de 2011, 14 de julio de 2010 y 30 de abril de 2015.

2.- Al desarrollar el motivo se alega, resumidamente, que la sentencia no aplica las consecuencias de la nulidad de la condición general de la contratación por considerar erróneamente que los demandantes no son consumidores. Cisce no está excluida de la cualidad de consumidora, porque su objeto social no es la negociación bancaria ni la concertación de préstamos. E igual sucede con el Sr. Ezequiel .

Decisión de la Sala:

1.- Efectivamente, la aplicación de la nulidad prevista en el art. 9 LCGC tiene como presupuesto que el adherente sea consumidor. Pero pese a ello, el motivo no puede prosperar, porque ni la sociedad hipotecante no deudora ni el fiador tienen la condición legal de consumidores.

2.- Respecto de la sociedad, el ordenamiento jurídico español, a diferencia de las Directivas comunitarias en materia de consumo que únicamente reconocen la condición de consumidores a las personas físicas, permite que una persona jurídica pueda ser consumidora, pero siempre que no tenga ánimo de lucro (art. 3 TRLGCU). Y una sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto social, tiene *per se* ánimo de lucro (art. 116 CCom y 1 de la Ley de Sociedades de Capital). La STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14, Costea) que se invoca en el recurso no resulta de aplicación al caso, porque se refería a una persona física.

En todo caso, no cabe considerar que Cisce interviniera en la operación al margen de su actividad empresarial, puesto que lo hizo en función de sus relaciones mercantiles con Fincas y Alquileres. Así resulta del propio acuerdo del consejo de administración de Cisce de 17 de febrero de 2009, que se incorporó como anexo a la escritura de préstamo, que dice:

"PRIMERO.- En virtud de las relaciones existentes entre nuestra Compañía y la entidad mercantil "Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L." se aprueba constituir hipoteca sobre la mitad indivisa...".

3.- En cuanto al Sr. Ezequiel , tampoco puede ser considerado consumidor, ya que era administrador y apoderado de la sociedad hipotecante y administrador de la sociedad deudora, por lo que, tanto conforme a la jurisprudencia del TJUE como la de esta sala, tiene una evidente vinculación funcional con las partes del contrato enjuiciado, hasta el punto de que en el mencionado acuerdo del consejo de administración de Cisce se le releva de las posibles consecuencias de la autocontratación, al decir:

"SEGUNDO.- Para la firma de la correspondiente escritura de afianzamiento de deuda ajena con hipoteca sobre fincas propias de nuestra sociedad, se designa al Presidente del Consejo de Administración, D. Ezequiel (aunque en dicho otorgamiento incida la figura jurídica de AUTOCONTRATACIÓN, CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN)...".

Como hemos dicho en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, en los AATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, *Tarcãu*) y de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dumitras*), en caso de garantes, el TJUE excluye la condición de consumidores cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, tienen un "vínculo funcional" con el contratante profesional; es decir, no son del todo ajenos al aspecto profesional o empresarial de la operación.

Decíamos también que, sobre la caracterización de ese vínculo funcional, el mencionado ATJUE de 19 de noviembre de 2015 ofrece una primera aproximación, al decir en su apartado 29 (reproducido posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016, § 34):

"De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado".

Y concluimos que con el término "gerencia" que utiliza el TJUE debíamos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa



tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2016, caso *Dumitras*.

4.- Por lo expuesto, este tercer motivo de casación ha de seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

QUINTO.- *Cuarto motivo de casación. Infracción de norma imperativa*

Planteamiento:

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción del art. 6.3 CC y las sentencias de esta sala de 1 de marzo de 2012, 7 de octubre de 2011, 14 de julio de 2010 y 30 de abril de 2015.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la **cláusula** litigiosa contraviene una norma imperativa, en concreto, el art. 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que obliga que los bienes hipotecados sean tasados y que dicha tasación figure en la escritura pública.

Decisión de la Sala:

1.- La norma imperativa que se dice que fue vulnerada por la estipulación contractual combatida no estaba en vigor cuando se suscribió el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, puesto que el Real Decreto 716/2009 es de 24 de abril y el contrato se celebró el 16 de marzo anterior. La Disposición final cuarta del mencionado Real Decreto dispuso su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE y no previó aplicación retroactiva alguna.

En todo caso, al igual que hemos advertido al resolver el primer motivo de casación, el mencionado Real Decreto no tiene incidencia sobre la validez contractual de la **cláusula** litigiosa; sino que, en su caso, habrá de ser tenida en cuenta en la ejecución hipotecaria, lo que es ajeno a este procedimiento.

2.- Por todas estas razones este último motivo de casación también debe ser desestimado.

SEXTO.- *Costas y depósitos*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a los recurrentes las costas causadas por el mismo, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15.ª, apartado 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- Desestimar el recurso de casación formulado por D. Ezequiel y Cisce 2005 S.L. contra la sentencia núm. 110/2016, de 8 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3ª), en el Recurso de Apelación núm. 412/2015.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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.