



Roj: **STS 2885/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2885**

Id Cendoj: **28079110012024100747**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2024**

Nº de Recurso: **5458/2020**

Nº de Resolución: **692/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 861/2020,**  
**ATS 14445/2022,**  
**STS 2885/2024**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 692/2024**

Fecha de sentencia: 20/05/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5458/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/05/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE HUELVA, SECCIÓN 2.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5458/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 692/2024**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 20 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Roman y D.<sup>a</sup> Belen, representados por el procurador D. Fernando Izquierdo Beltrán, bajo la dirección letrada de D. Julián Luis López-Tarruella Salas, contra la sentencia n.º 576, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva, en el recurso de apelación n.º 482/20, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1059/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 bis de Huelva. Ha sido parte recurrida Bankia, S.A., representada por el procurador D. Cecilio Castillo González y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Ana Fernández García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Fernando Izquierdo Beltrán, en nombre y representación de D. Roman y D.<sup>a</sup> Belen, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

"1.- Declare la abusividad y como consecuencia la nulidad de la cláusula limitativa a la baja del tipo de interés variable -cláusula suelo- inserta en el contrato de préstamo del que se deriva la presente demanda, fijada en un 3,5%, y cuyo tenor literal es: "Transcurrido el primer periodo de seis meses del presente préstamo, en ningún caso, el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al 3,5% anual o superior al 15% anual, cualquier que fuere el tipo resultante por ampliación de los mecanismos de revisión pactados" manteniéndose la vigencia del resto del contrato.

"2.- Condene a la entidad demandada a eliminar de la escritura de préstamo hipotecario la cláusula de limitación al tipo de interés anteriormente referenciada.

"3.- Condene a la demandada a volver a calcular el cuadro de amortización del préstamo suscrito, desde la fecha de la primera revisión hasta la última cuota satisfecha, como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado.

"4.- Condene a la entidad demandada, como efecto de la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, a abonar a mis representados la diferencia entre la cantidad abonada con la aplicación de la cláusula suelo y la que hubiere resultado de abonar conforme al EURIBOR + diferencial pactado (0,90), desde el inicio de su aplicación el día 1 de julio de 2010 y hasta la inaplicación total de la cláusula, así como los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro de acuerdo con el art. 1303 del Código Civil, de conformidad con el pronunciamiento de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

"5.- Declare la abusividad y en consecuencia la nulidad de la CLÁUSULA SEXTA relativa al INTERÉS DE DEMORA y como efecto de la declaración de abusividad se acuerde la eliminación de la misma del contrato de préstamo suscrito sin que pueda devengarse interés alguno por el préstamo suscrito en su día al ir en contra de la prohibición de integración y reconstrucción del contrato proclamada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

"6.- Declare la nulidad por abusividad de la CLÁUSULA SEXTA BIS sobre el VENCIMIENTO ANTICIPADO, y en virtud de dicha declaración, se tenga por no puesta la citada cláusula, de conformidad con los efectos inherentes a la declaración establecidos por la jurisprudencia comunitaria.

"7.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 394,3 de la LEC".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 bis de Huelva y se registró con el n.º 1059/17. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano, en representación de Bankia, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente todas las pretensiones de la demanda interpuesta de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 bis de Huelva, dictó sentencia de fecha 29 de octubre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda formulada por DOÑA Belen Y DON Roman , representados por el Procurador D. FERNANDO IZQUIERDO BELTRÁN, frente a BANKIA SA, representada por la Procuradora DOÑA ANA MARAVILLAS CAMPOS PÉREZ MANGLANO, y en consecuencia:

"1º.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo, de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. MIGUEL FERRÉ MOLTÓ de fecha 31 DE DICIEMBRE DE 2009, debiendo ser eliminadas del contrato de préstamo indicado:

"a. Cláusula que fija un límite a la variación del tipo de interés.

"b. Cláusula de vencimiento anticipado.

"c. Cláusula reguladora de los intereses de demora.

"2.- Se condena a la entidad BANKIA SA a abonar a DOÑA Belen Y DON Roman los intereses cobrados en exceso por la aplicación de la referida cláusula suelo con los intereses previstos en el fundamento quinto, cuantía que se determinará en ejecución de Sentencia.

"3.- Se condena a la entidad BANKIA SA a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable objeto de esta demanda, que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.

"4.- Con expresa condena en costas a la parte demandada".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia, S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 482/2020, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva dispone:

"[...] el Tribunal HA DECIDIDO:

"ESTIMAR el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 bis de Huelva que se REVOCA para, en su lugar, desestimar la demanda, absolver a las demandadas de todos sus pronunciamientos y condenar a la parte actora al pago de las costas.

"No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas de la segunda instancia y debe devolverse el depósito prestado para recurrir".

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

1.- El procurador D. Fernando Izquierdo Beltrán, en representación de D. Roman y D.ª Belen , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primer motivo: Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por infracción del artículo 217.7 de la misma Ley y 24 de la Constitución Española, por infringir las reglas de la disponibilidad y facilidad probatoria.

"Segundo motivo: Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por infracción del artículo 217.2 de la misma Ley y 24 de la Constitución Española, por infringir las reglas de distribución de la carga de la prueba.

"Tercer motivo: conforme a lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 319 LEC, por vulneración de la fuerza probatoria de los documentos públicos".

El motivo del recurso de casación fue:

"Primer y único motivo: Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC por infracción del art. 3 del TRLGDCU y art. 2 de la Directiva 93/13/CEE, al considerar que la Sentencia recurrida infringe la referida normativa, así como la doctrina jurisprudencia del TS relativa a la condición de consumidor ( STS, Sala 1ª, núm. 364/2016 de 3 de junio, núm. 356/2018, de 13 de junio y núm. 224/2017, de 5 de abril)".

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 19 de octubre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Belen y Roman contra la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 por la



Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 482/2020 dimanante del juicio ordinario n.º 1059/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 bis de Huelva.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

**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 8 de abril de 2024 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 14 de mayo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los siguientes antecedentes relevantes:

**1º.-** Los demandantes D. Roman y D.ª Belen, casados bajo el régimen económico matrimonial de gananciales, como parte prestataria, suscribieron con la entidad Bancofar, S.A., como parte prestamista, un préstamo con garantía hipotecaria, formalizado mediante escritura pública de 31 de diciembre de 2009, autorizada por el notario de Huelva Sr. Ferré Moltó, número 3026 de su protocolo, por un principal de 351.855 euros.

El objeto de la garantía hipotecaria fue una vivienda titularidad de los demandantes, que habían adquirido para su sociedad legal de gananciales, mediante escritura de 7 de mayo de 2004. Este inmueble estaba gravado con una hipoteca a favor del Banco Pastor, S.A.

La hija de los litigantes D.ª Delfina intervino en la operación de préstamo como fiadora.

**2º.-** En el apartado "cargas" la precitada escritura de 31-12-2009, consta que:

"Prescindiendo de afecciones fiscales, la finca descrita se encuentra gravada con HIPOTECA a favor de BANCO PASTOR S.A. para responder, de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS con OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (265.364, 81) de principal y que según manifiestan sus dueños, será cancelada tanto económica como registralmente con posterioridad al otorgamiento de la presente, una vez que la entidad titular de la misma reciba, el importe pendiente del préstamo que garantizaba; de manera que, en base a lo dicho, la cancelación de la referida hipoteca está pendiente del otorgamiento de su escritura correspondiente y de su inscripción registral; extremos, a los que se comprometen/n expresamente su/s dueño/s, asumiendo cuantos gastos por ellos se devenguen (...)"

No consta aportada al procedimiento la escritura de cancelación del préstamo de 7 de mayo de 2004.

**3º.-** Mediante escritura de la misma fecha de 31 de diciembre de 2009, ante el mismo notario, número 3018 de su protocolo, se formalizó un contrato de compraventa de un local de negocio de farmacia, por importe de 1.300.000 euros, en que fueron compradoras la hija de los demandantes, D.ª Delfina, y D.ª Guadalupe, que lo adquieren para "DIRECCION000", sin que los demandantes interviniesen en dicha adquisición, ni consta participación alguna en dicho establecimiento.

**4º.-** Los demandantes no son farmacéuticos como se acredita mediante certificado del secretario del Colegio de Farmacéuticos de Huelva.

**5º.-** Los demandantes interpusieron demanda de juicio ordinario contra la demandada, en la que ejercitaron, con fundamento en su cualidad legal de consumidores, una acción individual de nulidad, por abusivas, de tres cláusulas incluidas en la escritura de 31-12-2009 (suelo, vencimiento anticipado e interés moratorio).

**6º.-** El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 6 bis de Huelva, que la tramitó como juicio ordinario 1059/2017, con la oposición de la entidad cesionaria del crédito hipotecario Bankia, actualmente Caixabank, S.A. El procedimiento finalizó con sentencia, que estimó íntegramente de la demanda y declaró la nulidad por abusivas de las tres cláusulas antedichas, apreciando que los demandantes ostentaban condición jurídica de consumidores; e impuso a la demandada el pago de las costas procesales de primera instancia.

**7º.-** Contra dicha sentencia Bankia, S.A., interpuso recurso de apelación, en el que impugnó la condición de consumidores de los demandantes, al sostener que la avalista del préstamo es D.ª Delfina, farmacéutica de

profesión, quien comienza su actividad empresarial justo un día después de la firma del préstamo hipotecario, de lo que se deduce que la única finalidad de la operación de préstamo llevado a cabo con Bankia, fue precisamente la inversión en una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

En el motivo segundo del recurso de apelación se sostuvo que la cancelación del préstamo implica la imposibilidad de la declaración de nulidad de su cláusula quinta relativa a la imposición de gastos a cargo del prestatario. Se sostuvo que la cláusula suelo fue negociada y que supera el doble control de incorporación y contenido, se alegó la vulneración de la doctrina de los actos propios por ser conocedores los demandantes de las circunstancias de la contratación, así como retraso desleal en el ejercicio de las pretensiones. También, se impugnó la condena al pago de los intereses legales y, por último, la procedencia de la imposición de costas.

**8º.-** El conocimiento del recurso de apelación correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, que revocó la sentencia dictada por el juzgado, con absolución de la entidad demandada, con base en el argumento siguiente:

"Es carga de la parte actora la prueba del destino del préstamo a fines de consumo y no profesionales, tanto por tratarse de un hecho constitutivo del derecho pretendido como por ser quien está en disposición de conocer con exactitud qué destino dio a la suma prestada. Los apartados 2 y 7 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le cargan con la prueba, de manera que la falta de prueba le perjudica (apartado 1 de la norma citada). Si bien este tribunal presume que el préstamo simultáneo a la adquisición de una vivienda es ajeno a una finalidad profesional o comercial, no es este el caso. La escritura de préstamo, de fecha 31 de diciembre de 2009, por 351.855 euros, expresa que se destinaría a cancelar otro préstamo anterior. Ese otro préstamo anterior era del Banco Pastor, en cuyo principal pendiente de 226.900 euros se subrogaron los actores al tiempo de comprar el 7 de mayo de 2004 la vivienda que se hipoteca. No han aportado prueba de esa cancelación, ni del capital pendiente en el Banco Pastor, naturalmente inferior al del momento de la subrogación y ambos inferiores al obtenido en 2009. Tampoco qué necesidad tenían de hacerlo. Dicen que para que su hija obtuviera otro préstamo destinado a la compra de una farmacia por ella, dado que el banco exigía que todas las relaciones crediticias estuvieran en el mismo banco, pero no se ha probado la existencia de ese otro crédito y las relaciones económicas relevantes para la entidad serían las de la hija, no la de sus padres prestatarios y aquí actores".

**9º.-** Contra dicha sentencia los demandantes han interpuesto recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

##### **SEGUNDO.-** *Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal*

La representación de los demandantes ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la audiencia provincial, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, con fundamento en tres motivos, los dos primeros serán analizados conjuntamente, pues, aunque formalmente aparecen enunciados de modo diverso, materialmente se refieren a una misma cuestión jurídica, cuál es la forma en que es aplicado el art. 217 de la LEC, relativo a la carga de la prueba.

En la STS 1184/2023, de 18 de julio, cuya doctrina reproduce la más reciente sentencia 1609/2023, de 21 de noviembre, señalamos que:

"En relación con la carga de acreditar la cualidad de consumidor la jurisprudencia de esta sala, contenida entre otras en las sentencias 436/2021, de 22 de junio, y 26/2022, de 18 de enero, afirmamos que 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, ni el TRLCU de 2007, ni tampoco la jurisprudencia del TJUE o de la propia Sala Primera, establecen reglas específicas sobre la carga de la prueba de tal condición, 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)".

"En consecuencia, 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".

Pues bien, en este caso, a la audiencia no le consta el destino ni la finalidad del préstamo y, en consecuencia, le priva a los demandantes de la condición de consumidores a pesar de ser personas físicas y no constarle actuaran con una finalidad profesional o empresarial, con lo que se produce dicha infracción procesal.

Como señalamos en la STS 1521/2023, de 6 de noviembre:

"Es jurisprudencia constante que el problema de la carga de la prueba es el de la falta de prueba, vulnerándose únicamente el art. 217 LEC "si se atribuyen las consecuencias negativas del hecho dudoso a la parte a quien no compete su demostración", y no cuando la sentencia se basa en prueba admitida y practicada (p.ej. sentencias 31/2020, de 21 de enero, y 7/2020, de 8 de enero, citadas por la 582/2022, de 26 de julio)".

El tercer motivo del recurso por infracción procesal se refiere al valor de las escrituras públicas, por infracción del art. 319 LEC, por vulneración de la fuerza probatoria de los documentos públicos. La sentencia de la audiencia no desconoce tal eficacia, sino que efectúa una valoración de la prueba que le conduce a obtener la conclusión fáctica de que no le consta, mediante una apreciación conjunta de la prueba, que la finalidad del préstamo fuese una operación de consumo.

Como hemos dicho en la STS 351/2021, de 20 de mayo, con respecto a la valoración probatoria del documento público:

"En particular, en cuanto al valor probatorio de los documentos públicos la sentencia 647/2019, de 28 de noviembre, razona lo siguiente:

"En contra de lo que afirma el motivo, la valoración de la prueba documental no está sometida a un sistema tasado. Al contrario, la valoración de los documentos, tanto públicos como privados, debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba ( sentencias 458/2009, de 30 de junio, 163/2016, de 16 de marzo, y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba ( sentencia 356/2016, de 30 de mayo).

""Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación acerca del contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión 'prueba plena' de los arts. 319.1 y 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los documentos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y conforme al conjunto de las pruebas aportadas ( sentencia 507/2019, de 1 de octubre)"".

La estimación del recurso por infracción procesal conduce a que debamos dictar la sentencia procedente, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación ( disposición final decimosexta, apartado 1, regla 7ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

## **Recurso de casación**

### **TERCERO.- Recurso de casación**

#### **3.1 Motivo del recurso e inexistencia de óbices de inadmisibilidad**

El recurso de casación se interpone, al amparo del artículo 477.2.3.º y 3 de la LEC, por infracción del art. 3 del TRLGDCU y art. 2 de la Directiva 93/13/CEE, así como por vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la condición de consumidor ( SSTS 364/2016 de 3 de junio, 356/2018, de 13 de junio y 224/2017, de 5 de abril).

La parte recurrida se ha opuesto a la admisibilidad del recurso de casación.

No existe causa impeditiva del conocimiento del recurso interpuesto por parte de este tribunal, dado que concurre interés casacional, se identifica la infracción legal cometida y se argumenta cómo se ha producido la vulneración de la ley. La discrepancia entre las partes litigantes es de derecho material o sustantivo, consistente en la determinación jurídica de la condición de consumidor, por lo que la valoración del tribunal de apelación, basada además en una aplicación no asumible de la carga de la prueba, no constituye una cuestión puramente fáctica, y como tal no fiscalizable a través del recurso de casación, sino, por el contrario, de naturaleza estrictamente jurídica.

En el encabezamiento del recurso se identifican los preceptos que se consideran vulnerados, se explican también las razones por mor de las cuales los demandantes ostentan la condición de consumidores en el préstamo con garantía hipotecaria concertado, y, por consiguiente, se explicitan los motivos que los hacen acreedores a la aplicación de la legislación tuitiva que los ampara en el marco de la contratación.

### 3.2 Examen del motivo del recurso

Al tiempo de la formalización del préstamo controvertido, el 31 de diciembre de 2009, el tenor literal del artículo 3 del TRLGDCU era el siguiente:

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Por consiguiente, en la fecha de celebración del préstamo, ya se había normativizado, para la determinación de la condición de consumidor, el criterio de la actividad profesional en detrimento del concerniente al destino final. No obstante, antes de entrar en vigor dicha reforma legal, se venía aplicando la jurisprudencia comunitaria que atendía al criterio de la actividad profesional o empresarial a los efectos de atribuir la condición jurídica de consumidor (vid., entre otras muchas, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01).

Como hemos declarado en las sentencias 533/2019, de 10 de octubre, 12/2020, de 15 de enero, 808/2021, de 23 de noviembre y 1594/2023, de 17 de noviembre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C- 630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan- Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir:

"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).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional ( sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional ( sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C- 269/95, apartado 17)".

En el mismo sentido, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso Costea) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación, lo que se reitera en los autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcău), 14 de septiembre de 2016 (asunto C- 534/15, Dimitras) y 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, Bachman).

Sentado lo anterior, el razonamiento de la sentencia recurrida no es conforme con la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala sobre el concepto de consumidor.

En efecto, aunque los demandantes no hayan aportado al procedimiento la escritura de cancelación del préstamo de 2004, lo que también estaba al alcance de la entidad demandada, y aun cuando el destino del préstamo concertado por los demandantes fuera entregarlo a su hija para ayudarla a la compra de un establecimiento de farmacia, son hechos acreditados que los demandantes no son farmacéuticos (certificado del colegio de farmacéuticos de Huelva de 5 de julio de 2018), ni intervinieron en la escritura de compraventa de dicho establecimiento, que fue adquirido como compradoras por la hija de los demandantes D.<sup>a</sup> Delfina y D.<sup>a</sup> Guadalupe, ambas farmacéuticas de profesión, en nombre y representación de la sociedad civil profesional " DIRECCION000 ", de duración indefinida, con objeto exclusivo del ejercicio de farmacia. Tampoco ha resultado probada vinculación funcional de clase alguna de los demandantes con el negocio de farmacia de su hija, ni participación en su gestión o beneficios de dicha actividad profesional, ajena a los recurrentes.

En definitiva, no ha resultado desvirtuada la condición de consumidores de los demandantes en la operación concernida, por lo que procederemos a conocer del resto de los motivos del recurso de apelación interpuesto del banco demandado.

### 3.3 Asunción de la instancia

La observancia de los requisitos legales de la incorporación de las condiciones generales del préstamo hipotecario litigioso ( arts. 5 y 7 de la LCGC), no es bastante en la contratación con consumidores, puesto que,

en estos casos, es preciso llevar a efecto un control de transparencia reforzada o de contenido del que son simple manifestación las sentencias 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril; 433/2019, de 17 de julio; 265/2020, de 9 de junio, 125/2021, de 8 de marzo y 781/2023, de 22 de mayo, entre otras, con cita de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), viene entendiendo que:

"[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que "el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13" (ap. 49), añade:

"50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU: C: 2013: 180, apartado 44).

"51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular".

En definitiva, como señala la sentencia 346/2020, de 23 de junio:

"La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato".

Pues bien, en el presente caso, dicha información precontractual no consta facilitada por la entidad demandada, y la cláusula suelo pasa desapercibida en el condicionado contractual sin darle la trascendencia convencional que ostenta en cuanto constituye un préstamo de interés fijo mínimo del 3,50%, con una revisión solo plausible al alza.

En cuanto a las consecuencias del control material de transparencia con respecto a la cláusulas suelo, nos hemos pronunciado en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente no sea abusiva; pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas; pero, como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado ( sentencias 367/2017, de 8 de junio, 105/2020, de 19 de febrero y 22/2021, de 21 de enero, y las que en ellas se citan, así como más recientemente 195/2021, de 12 de abril).

El motivo segundo del recurso de apelación relativo a la cancelación del préstamo se refiere a una supuesta condición general de gastos bancarios, que no es objeto del proceso.

No existe infracción de la doctrina de los actos propios, que no puede considerarse vulnerada por la circunstancia de que se viniese aplicando y abonando por los demandantes la cláusula suelo; pues de tal acto jurídico no se deduce el conocimiento de la carga económica y jurídica del suelo al tiempo decisivo de concertarse el contrato.

Y con respecto a la doctrina del ejercicio desleal de los derechos, como dijimos en la sentencia 162/2024, de 7 de febrero:

"No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán ( sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990)".

En las sentencias 616/2021, de 21 de septiembre, 783/2021, de 15 de noviembre y 112/2022, de 15 de febrero, precisamos que:

"La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado ( sentencia 872/2011, de 12 de diciembre)".

En este caso, la acción de nulidad es de pleno derecho, y el comportamiento de los demandantes, que optan por la vía judicial, mientras abonan los plazos de amortización del préstamo con la cláusula nula, no puede generar la confianza de que las acciones ejercitadas no iban a ser planteadas.

No hay vulneración del art. 1303 CC, pues declarada la nulidad "los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses". Como señalamos en las sentencias 734/2016, de 20 de diciembre y 123/2017, de 24 de febrero, en los casos de nulidad conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles. No son de aplicación los preceptos liquidatorios de los estados posesorios que se invocan en el recurso ( arts. 451 y 455 CC).

Por otra parte, lejos de lo sostenido por la entidad recurrente, que alega infracción del art. 1896 del CC, esta sala ha declarado por todas en sentencia 912/2021, de 22 de diciembre, que: "para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente".

Por último, procede mantener la condena de la demandada al pago de las costas generadas en primera instancia, en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 ( sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 34/2021, de 26 de enero, y 48 y 49/2021, de 4 de febrero), amén de que la demanda ha sido íntegramente estimada y regir, en el art. 394 LEC, el criterio del vencimiento objetivo.

#### **CUARTO.- Costas procesales y depósitos**

No procede realizar mención especial sobre las costas procesales de los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, al haber sido estimados ( art. 398 LEC).

La desestimación del recurso de apelación determina que las costas procesales de segunda instancia hayan de ser impuestas a la parte apelante ( art. 398 LEC); así como que se mantenga la imposición a la demandada de la condena al pago de las costas procesales de primera instancia, dada la estimación de la demanda ( art. 394 LEC).

Procede la devolución de los depósitos constituidos para interponer los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal al ser estimado, y se declara la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso de apelación al haber sido, por el contrario, rechazado ( disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

#### **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 interpuesto por D.ª Belen y D. Roman , contra la sentencia 576/2020, de 10 de septiembre, de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, en el recurso de apelación n.º 482/2020.

2.º- Estimar el recurso de casación de D.ª Belen y D. Roman interpuesto contra la precitada sentencia, que se casa y anula.

3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A., actualmente Caixabank, S.A., contra la sentencia 785/2019, de 29 de octubre, del Juzgado de Primera instancia n.º 6 bis de Huelva, dictada en el procedimiento de juicio ordinario 1059/2017, que se confirma en todos sus pronunciamientos.

4.º- No imponer las costas procesales de los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

5.º- Imponer a la parte demandada las costas procesales de segunda instancia.

6.º- Acordar la devolución de los depósitos constituidos para interponer los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, y la pérdida del constituido para interponer 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.