



Roj: **STS 4403/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4403**

Id Cendoj: **28079110012024101128**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2024**

Nº de Recurso: **2958/2020**

Nº de Resolución: **1104/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.104/2024

Fecha de sentencia: 16/09/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2958/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/09/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2958/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1104/2024

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 16 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma, representado por la procuradora D.^a Miriam López Ocampos y bajo la dirección letrada de D. Eugenio Ribón Seisdedos, contra la sentencia n.º 515/2020, de 22 de mayo, dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 1141/2018, dimanante de las actuaciones

de juicio ordinario n.º 88/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santa Cruz de la Palma, sobre declaración de nulidad de la condición general de la contratación y reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por la procuradora D.ª Ana Jesús García Pérez y bajo la dirección letrada de D. José Vicente Espinosa Bolaños.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"- Se declare la nulidad de la condición general de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula "suelo") prevista en la Estipulación Tercera Bis ("Tipo de interés variable") de las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria otorgada la primera en fecha 18 de noviembre de 2005 ante la Notario de Santa Cruz de La Palma, Doña Resurrección Corral García, bajo protocolo número 1630 y la segunda, en fecha de 5 de octubre de 2011, ante el Notario de Santa Cruz de La Palma Don Julio Cibeira Taboada, bajo protocolo número 1180.

"- Se condene a la demandada a la eliminación de los contratos de. préstamo con garantía hipotecaria suscritos entre las partes, de la precitada condición general de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula "suelo") prevista en la Estipulación Tercera Bis de la escritura préstamo con garantía hipotecaria otorgada la primera en fecha 18 de noviembre de 2005 ante la Notario de Santa Cruz de La Palma, Doña Resurrección Corral García, bajo protocolo número 1630 y la segunda, en fecha de 5 de octubre de 2011 ante el Notario de Santa Cruz de La Palma Don Julio Cibeira Taboada, bajo protocolo número 1180.

"- Se condene a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las referidas cláusulas "suelo" contenida en la Estipulación Tercera Bis, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada la primera en fecha 18 de noviembre de 2005 ante la Notario de Santa Cruz de La Palma, Doña Resurrección Corral García, bajo protocolo número 1630 y la segunda, en fecha de 5 de octubre de 2011 ante el Notario de Santa Cruz de La Palma Don Julio Cibeira Taboada, bajo protocolo número 1180, y, subsidiariamente, de no admitirse la devolución de la totalidad de las cantidades indebidamente percibidas a mi mandante, que se acuerde la devolución de las cantidades abonadas en exceso por aplicación de la cláusula litigiosa desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

"- Se condene a la demandada a reintegrar todas aquellas cantidades que pudiera percibir en exceso durante el presente procedimiento como consecuencia de la aplicación del límite del 3,000 % (cláusula "suelo") al tipo de interés variable contenido en las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria otorgada, la primera en fecha 18 de noviembre de 2005 ante la Notario de Santa Cruz de La Palma, Doña Resurrección Corral García, bajo protocolo número 1,630 y la segunda, en fecha de 5 de octubre de 2011 ante el Notario de Santa Cruz de La Palma Don Julio Cibeira Taboada, bajo protocolo número 1180, en lugar de la suma de tipo de referencia más el diferencial pactado (0,50 y 2,8 en la primera y segunda escritura) resultando su cuantía de la diferencia existente entre las cuotas resultantes de la aplicación del límite a la variación del tipo de interés y las cuotas que habrían resultado en caso de aplicar el tipo de referencia más el diferencial correspondiente.

"- Se condene a la demandada a abonar el interés legal de las cantidades mencionadas en los párrafos anteriores desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

"- Se condene a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión de la condición general de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula "suelo") prevista en la Estipulación Tercera Bis, otorgada la primera en fecha 18 de noviembre. de 2005 ante la Notario de Santa Cruz de La Palma, Doña Resurrección Corral García, bajo protocolo número 1630 y la segunda, en fecha de 5 de octubre de 2011 ante el Notario de Santa Cruz de La Palma Don Julio Cibeira Taboada, bajo protocolo número 1180, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con la demandante contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, más el interés legal desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

"Todo ello, con expresa imposición de costas a la contraparte".

2. La demanda fue presentada el 10 de marzo de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santa Cruz de la Palma, fue registrada con el n.º 88/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Caixabank S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santa Cruz de la Palma dictó sentencia de fecha 16 de julio de 2018, con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Doña Alicia Luque Siverio en nombre y representación de REAL CLUB NÁUTICO DE SANTA CRUZ DE LA PALMA frente a CAIXABANK SA:

"- Debo declarar y declaro por lo expuesto la nulidad de la cláusula financiera Tercera Bis establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria 18 de noviembre de 2005 suscrito por el demandante que establece una limitación del tipo de interés aplicable- cláusula suelo- cuyo contenido literal es el siguiente:

""diferencial real o efectivo de 0,500 puntos, al tipo de referencia, sin que en ningún caso puedan llegar a ser superiores ... ni inferiores al 3% nominal anual".

"- Debo condenar y condeno a la parte demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo objeto del litigio. En consecuencia, debo condenar y condeno a Caixabank, S.A., a recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la cláusula anulada, de modo que se corrija desde que la misma se aplicó por primera vez y a devolver las cantidades pagadas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, desde el inicio del contrato de préstamo hipotecario hasta que haya sentencia firme o hasta que se deje de aplicar referida cláusula suelo. Las cantidades sujetas a devolución se incrementarán en el interés legal desde la fecha de los correspondientes cobros y hasta la fecha de su reintegro, sin perjuicio de lo previsto en el art. 576 LEC.

"Con expresa imposición de las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 1141/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 22 de mayo de 2020, con el siguiente fallo:

"1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Alberto Hernández de Lorenzo y Nuño, en nombre y representación de la entidad CAIXABANK SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Santa Cruz de la Palma, en fecha 16 de julio de 2018, en procedimiento ordinario de contratación núm. 88/2017, y con revocación de la citada resolución se acuerda: "Desestimar la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D.ª Alicia Luque Siverio, en nombre y representación de Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma, contra la entidad CAIXABANK SA, representada en actuaciones por el Procurador D. Luis Alberto Hernández de Lorenzo y Nuño, y en su consecuencia, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos contenidos en el escrito inicial de demanda. No se hace declaración expresa en materia de costas procesales".

"2.- No se hace declaración expresa en materia de costas procesales en esta alzada".

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

1. Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Incongruencia de la sentencia de apelación. Vulneración del art. 469.1.2 LEC (normas reguladoras de la ST), en relación con la exigencia general de congruencia del art. 218.1 LEC y específica para la sentencia de apelación del art. 465.5 LEC, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

"Segundo.- Vulneración del concepto de gravamen y confusión entre pretensión y argumentación a la hora de interponer/impugnar u oponerse a una apelación. Vulneración del art. 469.1.4 LEC (indefensión en su vertiente de acceso a los recursos), en relación con el gravamen (art. 448) y contenido de los escritos de interposición, oposición e impugnación del recurso de apelación (art. 458 y 461 LEC).

"Tercero.- Vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre el ámbito de la apelación como recurso de conocimiento pleno. Vulneración del art. 469.1.4.LEC (indefensión en su vertiente de acceso a los recursos en relación con el art. 24 CE), en relación con el ámbito de conocimiento pleno de la apelación (art. 456) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Delimitación de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, como es un club Náutico, en el concepto de consumidor. Infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de marzo, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios otras normas complementarias, "BOE" núm. 287, de 30/11/2007 (en su redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo)".

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 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:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 1141/2018 dimanante del juicio ordinario n.º 88/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Santa Cruz de la Palma".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 4 de julio de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de septiembre de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma, como parte actora, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank, SA, en la que solicitó se declarase la nulidad, por abusivas, de las cláusulas suelo establecidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de noviembre de 2005 y 5 de octubre de 2011.

En concreto, mediante escritura de 18 de noviembre de 2005 suscribió un préstamo con garantía hipotecaria por un principal de 1.600.000 euros, con un plazo de amortización de 17 años. La finalidad del préstamo era financiar las obras de ampliación de sus instalaciones. Se pactó un interés remuneratorio fijo durante el primer año de vigencia del préstamo, de 2, 723% nominal anual; y después, y para la restante vigencia del préstamo un interés variable con una cláusula suelo- techo de 3% y 7, 750% respectivamente. La hipoteca se constituyó sobre un inmueble propiedad del Real Nuevo Club Náutico, sito en la C/ Pérez de Brito, n.º 9, de Santa Cruz de la Palma, inscrito en el Registro.

Mediante escritura de 5 de octubre de 2011, Real Nuevo Club Náutico suscribe un segundo préstamo hipotecario con la finalidad de cancelar otros dos préstamos que tenía con la demandada y con otra entidad, por un principal de 200.000 euros; interés remuneratorio fijo durante los primeros 6 meses, al 5, 200% nominal anual; y después variable con cláusula suelo-techo del 3% y 9% respectivamente.

En la demanda se invocaba la condición de consumidora de la entidad actora, y se argumentaba que las cláusulas suelo incluidas en los préstamos documentados en las escrituras de 18 de noviembre de 2005 y de 5 de octubre de 2011 no habían sido negociadas y, siendo condiciones generales de la contratación, no superaban el control de inclusión o incorporación y, aun de apreciarse que sí superaban tal control, no superaban el de transparencia (por su ubicación, por la falta de información previa sobre la carga que representaba su aplicación, la falta de información del notario, por haber sido citado el representante de la entidad en la notaría el mismo día de la firma, sin tener posibilidad de leer las escrituras con antelación, y no haber recibido folleto informativo ni oferta vinculante), y eran abusivas por su contenido. En la demanda se solicitaba la restitución de todas las cantidades cobradas de más por aplicación de las cláusulas contenidas en los dos préstamos hipotecarios.

2. Además de defender la validez de las cláusulas suelo y la negociación de los contratos, la entidad demandada alegó en su contestación a la demanda que el Club Náutico no había acreditado su condición de consumidor, condición que no se presume, y que en el caso se trataba de una persona jurídica que había contratado los préstamos para financiar las obras de ampliación de sus instalaciones en el muelle de Santa Cruz de La Palma, representada por su presidente, empresario que había concertado préstamos hipotecarios y que ostentaba otros cargos empresariales además del de presidente del Náutico. Alegó que se superaba el control de inclusión y también el de transparencia, aunque este segundo no fuera aplicable. Alegó que los

préstamos se concertaron antes de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, pero que la entidad por supuesto que las había cumplido y la actora estaba plenamente informada de la existencia de cláusulas suelo, y era consciente de lo que iba a pagar, como resultaría del hecho de que volviera a contratar con la entidad un préstamo sin cláusula limitativa, lo que demostraba que no siempre era impuesta.

3. La sentencia de primera instancia negó la condición de consumidor de la entidad demandante en atención al destino del préstamo que se hizo constar en la escritura (en singular), por lo que razonó que no era aplicable el control de transparencia. Sin embargo, consideró que no había quedado acreditada la negociación de la cláusula (en singular), por lo que era aplicable el control de inclusión, que consideró que no había quedado superado dada la falta de claridad de la cláusula, que no expresaba claramente que en realidad se estaba firmando un contrato con un interés fijo mínimo variable solo al alza, después de decir que el interés era variable. Consideró que la cláusula creaba un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes sobre todo si se observa una fijación de un techo de 7,75 % alejada del suelo del 3% (datos que se corresponden con el préstamo de 18 de noviembre de 2005). Con este argumento, el juzgado estimó la demanda en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula financiera tercera bis establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de noviembre de 2005 que establecía una cláusula suelo y condenó a la demandante a eliminar la cláusula limitativa y recalcular el cuadro de amortización y devolver las cantidades cobradas de más.

4. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación únicamente por la entidad demandada. En su recurso argumentaba que la actora no era consumidora dada la finalidad del préstamo y que el presidente y representante del Club, vicedecano del Colegio de Abogados de La Palma, reconoció que fue a otras entidades para informarse sobre el tipo de interés. La demandada recurrente rechazó la procedencia del control de transparencia, defendió que se cumplía el control de inclusión o incorporación y que quedó probada la existencia de negociaciones. También alegó error en la valoración de la prueba, por considerar que la cláusula fue efectivamente negociada y superaba el control de incorporación e inclusión.

5. La demandante-apelada formuló oposición al recurso de apelación del banco y solicitó la confirmación de la sentencia del juzgado. En su escrito reiteró y razonó extensamente sobre la condición de consumidor del Club Náutico (al amparo del art. 1.2 LGDCU y art. 3 TRLGDCU, como persona jurídica sin ánimo de lucro), en atención a las finalidades perseguidas por la asociación según sus estatutos, la actividad desempeñada y su régimen fiscal como asociación sin ánimo de lucro. Negó la existencia de negociación y defendió la procedencia de aplicar el control de transparencia y la falta de transparencia de las cláusulas suelo predispuestas por la demandada. La demandante no pidió complemento ni apeló por la falta de pronunciamiento sobre el préstamo documentado en la escritura de 5 de octubre de 2011.

6. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del banco y desestimó la demanda. La Audiencia considera que para hacer valer su condición de consumidora la actora debió interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia, por lo que al no hacerlo y limitarse a argumentarlo en su oposición a la apelación, el tribunal de apelación no podía pronunciarse sobre la condición de consumidor de la demandante y debía partir de que no lo era, tal y como declaró el juzgado en pronunciamiento que no fue impugnado. A continuación valoró que las cláusulas suelo sí superaban el control de incorporación y que no se había probado que la cláusula fuera sorprendente en contra de la buena fe, de modo que el representante del Club, persona formada y con experiencia en contrataciones y préstamos, dado que a título personal también ha contratado dos préstamos, pudo conocerla porque reconoce que examinó la cuota para dividir entre los socios y eligió contratar con la demandada por ser la más favorable. En consecuencia, estimó el recurso de apelación del banco y desestimó íntegramente la demanda, si bien no impuso las costas de la primera instancia dadas las dudas de hecho y de derecho sobre la condición de no consumidora de la parte demandante.

7. El Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de la Palma ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- La parte recurrida se ha opuesto a la admisión de los recursos. La recurrida alega que los recursos no debieron ser admitidos porque se presentaron inicialmente ante el Tribunal Supremo sin efectuar el traslado de copias, incumpliendo lo ordenado en el art. 276 LEC y generando, según dice, indefensión.

Estas alegaciones no pueden ser aceptadas. En este caso, no se ha generado indefensión en la parte recurrida, que ha podido personarse y oponerse a los recursos. La recurrida omite que la sala admitió por auto de 25 de enero de 2022 el recurso interpuesto por la recurrente contra el decreto de 28 de abril de 2021 que había ordenado archivar el recurso por haberse presentado directamente ante el Tribunal Supremo, y explicó las razones por las que, al no haberse agotado el plazo en la presentación del recurso, debía permitirse la



subsanación, lo que llevó a cabo la parte recurrente presentando el recurso ante la Audiencia Provincial. La Audiencia, que por auto de 26 de mayo de 2021 inadmitió el recurso presentado por Club Náutico el 7 de mayo de 2021, partiendo del error de que no se había recurrido el decreto de 28 de abril de 2021, dictó posteriormente auto de 2 de marzo de 2022 por el que declaró la nulidad del mencionado auto de 26 de mayo de 2021, pues sí se interpuso por Club Náutico recurso de revisión contra el decreto de 28 de abril de 2021, que fue estimado por auto de esta sala del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2022. El auto de la Audiencia Provincial de 2 de marzo de 2022 declaró la nulidad del auto de 26 de mayo de 2021, ordenó reponer las actuaciones y requirió al Club Náutico para que interpusiera los recursos que considerara oportunos. En ese incidente de nulidad se personó la representación de la entidad recurrida, oponiendo las razones que tuvo por conveniente, por lo que no puede sostener que se le ha causado indefensión. Es por ello irrelevante que tras el decreto de 28 de abril de 2021 la Audiencia hubiera inadmitido el recurso que presentó ante ella Club Náutico, pues en ese momento todavía no había dictado la sala el auto de 25 de enero de 2022 que estimó el recurso de Club Náutico y permitió la subsanación, cosa que a su vez hizo la Audiencia Provincial al admitir el recurso presentado ante ella en enero de 2022 mediante auto de 2 de marzo de 2022.

La recurrida alega, además, causas de inadmisión que, conforme a la doctrina de la sala son no absolutas y que no pueden ser aceptadas pues, contra lo que dice la recurrida en el recurso, con cita de los preceptos legales pertinentes y sin alterar los hechos acreditados en la instancia se plantea una cuestión jurídica sobre la que esta sala se ha pronunciado en múltiples ocasiones. Además se interpone un recurso por infracción procesal que cuestiona la falta de valoración por la sentencia recurrida de la condición de consumidora, presupuesto de la impugnación que se desarrolla en el recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El recurso se funda en tres motivos. Los tres motivos reprochan a la Audiencia Provincial que partiera del carácter de no consumidor de la actora que realizó el juzgado sin valorar las alegaciones de la actora acerca de su condición de consumidora por entender, incorrectamente a juicio de la recurrente, que debió apelar o impugnar la sentencia de primera instancia y no limitarse a oponerse a la apelación de la entidad demandada.

En el motivo primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se denuncia la infracción del art. 218.1 en relación con art. 465.5 LEC. Se alega incongruencia de la sentencia recurrida por dejar de pronunciarse sobre cuestiones planteadas en los escritos rectores del recurso de apelación, siendo estos no solo los de interposición e impugnación, sino también el de oposición al recurso.

En el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del 24 CE, indefensión en su vertiente de acceso a los recursos (arts. 448, 458 y 461 LEC). Se alega vulneración del concepto de gravamen y confusión entre pretensión y argumentación a la hora de interponer/impugnar u oponerse a una apelación.

En el motivo 3.º, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del art. 24 CE, indefensión en su vertiente de acceso a los recursos (art. 456 LEC). Se alega vulneración sobre la doctrina jurisprudencial sobre el ámbito de la apelación como recurso de conocimiento pleno que supone una revisión de la primera instancia.

CUARTO.- Tiene razón la recurrente en casación cuando argumenta, con el matiz que ahora diremos, que al haber visto estimada su pretensión en primera instancia no tenía gravamen para interponer recurso de apelación ni para impugnar la sentencia respecto de su condición de consumidora y la consiguiente apreciación de la nulidad por falta de transparencia. Con un matiz. Hay que observar que, como ha quedado dicho, realmente la estimación de la demanda no fue íntegra, pues la sentencia del juzgado solo se pronunció respecto de uno de los préstamos, el de 18 de noviembre de 2005, y nada dijo sobre el de 5 de octubre de 2011, sin que la actora pidiera complemento de sentencia ni apelara interesando un pronunciamiento sobre la cláusula suelo del segundo préstamo al que se refería en la demanda. Nuestro razonamiento, por tanto, deja al margen la posibilidad de que la demandante hubiera planteado en su recurso de apelación lo referido al contrato de 5 de octubre de 2011, sobre el que el juzgado no se pronunció.

Por lo que interesa a efectos del recurso por infracción procesal debemos señalar que no es correcta la apreciación de la Audiencia de que hubiera sido preciso que la demandante presentara un recurso de apelación o impugnara la sentencia para hacer valer la condición de consumidora que el juzgado le negó.

En este caso, la demanda se basaba tanto en la falta de incorporación de la cláusula suelo como en su nulidad por falta de transparencia. El juzgado negó a la actora su condición de consumidora y consideró improcedente el control de transparencia, pero declaró la nulidad de la cláusula suelo por no haber superado el control de incorporación, y estimó la demanda respecto del préstamo de 18 de noviembre de 2005. La Audiencia, al analizar el recurso de apelación de la demandada, en el que además de afirmar que sí se superaba el control de inclusión volvió a negar que la actora fuera consumidora, debió considerar todos los argumentos de la actora

para fundar su pretensión, entre ellos los relativos a la abusividad por falta de transparencia en los contratos con consumidores y la condición de consumidora de la actora, sobre lo que argumentó ampliamente en la demanda y en la oposición a la apelación, sin que fuera un obstáculo que no hubiera apelado la sentencia o formulado impugnación, para lo que no tenía gravamen al haberse dictado una sentencia íntegramente estimatoria de sus pretensiones aunque no se hubieran aceptado todos sus argumentos.

En este sentido, esta sala, en la sentencia 331/2016, de 19 de mayo, recogiendo la doctrina de la sala, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, explica:

"No puede confundirse el pronunciamiento desestimatorio de una pretensión con el hecho de que la sentencia no acepte determinados argumentos de la demanda que fundamentan la pretensión. Si esta es estimada, pese a que alguno de los argumentos que la sustentaban no fueron aceptados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el demandante no puede formular recurso de apelación, y la Audiencia Provincial debe considerar todos los argumentos esgrimidos en apoyo de su pretensión, incluso los que el Juzgado de Primera Instancia no consideró acertados, y no puede dejar de hacerlo argumentando que el demandante no ha recurrido o impugnado la sentencia. Al haber sido estimada su pretensión, carecía de gravamen para hacerlo, pues no constituye tal gravamen el hecho de que algunos de sus argumentos no fueran compartidos por el juzgado".

En consecuencia se estima el recurso por infracción procesal.

Recurso de casación

QUINTO.- El recurso de casación se funda en un motivo único en el que se denuncia la infracción del art. 3 TRLGDCU, por ser la actora una persona jurídica que actúa sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Se invoca interés casacional (i) por existencia de sentencias contradictorias de audiencias provinciales en cuanto a la condición de consumidor de personas jurídicas sin ánimo de lucro; (ii) por aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años.

El recurso de casación va a ser estimado por lo que decimos a continuación.

SEXTO.- La sentencia 232/2021, de 29 de abril, se ocupó de un caso semejante al que es objeto de este recurso. En esa sentencia dijimos:

"1.- Conforme al art. 1.2 de la Ley de Consumidores de 1984, vigente a la fecha de suscripción del contrato, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

"Esta identificación del consumidor con el destinatario final del producto o servicio fue la que impregnó la jurisprudencia que interpretó la Ley de Consumidores de 1984 y el sentido de su posterior reforma (así, SSTs 568/1999, de 18 de junio; 992/2000, de 16 de octubre; 179/2002, de 28 de febrero; 891/2004, de 21 de septiembre; 963/2005, de 15 de diciembre; 406/2012, de 18 de junio; o 157/2014, de 28 de marzo).

"A su vez, el art. 3 del Texto Refundido de 2007 (TRLGCU) matizó tal concepto, al afirmar que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

"2.- No obstante, cualquiera de las dos definiciones (que no están tan alejadas como la recurrente pretende, pues ambas giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial) debe ser interpretada a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE. De modo que, aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el del destino final y no el de la actividad profesional, que se introdujo en el TRLCU unos meses después, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (verbigracia, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C- 464/01).

"Por lo que, como declaramos en las sentencias 356/2018, de 13 de junio, y 230/2019, de 11 de abril, el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLCU, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión (sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio, que contiene una amplia cita jurisprudencial al respecto, tanto del propio TC, como del TJUE).

"3.- Como recuerda la mencionada sentencia 230/2019, de 11 de abril, 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)".

"4.- Asimismo, la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (relativa a una comunidad de propietarios) afirmó que la Directiva no se opone a que los Estados miembros:

""pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación (véase, por analogía, la sentencia de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, C-602/10, EU:C:2012:443, apartado 40), siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados".

"Es por ello por lo que nuestra legislación de consumidores, ya desde la Ley de 1984, ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro.

"5.- En el caso que nos ocupa, la prestataria era una asociación deportiva y que dedicara el préstamo a la mejora de sus instalaciones no implica ánimo de lucro, pues entraba dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades. Que la asociación, a su vez, sea socia de algunas sociedades mercantiles (Reial Club Nautic Tarragona S.L. y Nautic Tarragona S.A.) no empece lo anterior, pues las mismas eran ajenas al contrato litigioso, hasta el punto de que, según consta en las actuaciones, se constituyeron con posterioridad a su celebración.

"La parte recurrente incide en que la prestataria está dada de alta el impuesto de actividades económicas como gestora de instalaciones deportivas y organizadora de eventos y competiciones; pero no tiene en cuenta que, al mismo tiempo, está incluida en el régimen fiscal especial regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

"6.- Para que pudiéramos considerar que la mejora de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo se enmarcó en un ámbito o finalidad empresarial, tendría que haberse acreditado en la instancia que estas instalaciones eran objeto de una explotación económica por el club. Ya sea mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio; ya fuera, en algunos casos, a través de sus propios socios, cuando la cuantía y significación de los cuotas y derechos de uso fueran tan relevantes que encerrarán una forma de explotación económica. Nada de esto nos consta que haya sido declarado probado en la instancia.

"Tampoco se ha probado que el préstamo tuviera una doble finalidad (consumo y profesional), por lo que ni siquiera cabe hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva del destino mixto y de la actividad residual.

"Por ello, con lo acreditado en la instancia, que debe ser respetado en casación, no puede negarse que la asociación demandante actuara en calidad de consumidora en la operación enjuiciada".

SÉPTIMO.- La aplicación al caso de la anterior doctrina determina que estimemos el recurso de casación pues en este caso la prestataria era una asociación deportiva y que dedicara el préstamo litigioso a la mejora de sus instalaciones no implica ánimo de lucro, sin que haya prueba de que la ampliación de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo concertado en el que se incluye la cláusula suelo se enmarcara en un ámbito o finalidad empresarial, ni se ha acreditado que estas instalaciones fueran objeto de una explotación económica por el club, ya sea mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio.

En su escrito de oposición, la parte recurrida hace notar que entre las múltiples actividades culturales y deportivas que realiza el propio Club Náutico admite que realiza cursos de iniciación y perfeccionamiento de deportistas en las instalaciones náuticas y que las inscripciones están abiertas a la sociedad en general, lo que demostraría que su actividad es empresarial.

Tal argumento no puede ser aceptado, porque según la doctrina de la sala, de acuerdo con la doctrina del TJUE, para los casos de contratos con doble finalidad, una actuación empresarial mínima o insignificante no excluiría que el adherente hubiera intervenido en el contrato como consumidor, y en un caso como el presente en el que la relación del contrato con la prestación de servicios a terceros sería insignificante en el contexto de la operación, no podemos concluir que el Club Náutico dejara de actuar como consumidor al concertar el préstamo para la ampliación de sus instalaciones (sentencias de esta sala 224/2017, de 5 de abril, 26/2022,

de 18 de enero, 479/2022, de 14 de junio, 969/2023, de 19 de junio, 1609/2023, de 21 de noviembre, 58/2024, de 22 de enero).

OCTAVO.- Al estimar el recurso de casación, desestimamos la apelación de la demandada y confirmamos el fallo de la sentencia del juzgado, pues si bien la cláusula suelo supera el control de incorporación, la demandada no ha acreditado como le incumbe ni la negociación (lo que excluiría el carácter de condición general de la contratación y cualquier control ulterior) ni haber proporcionado la información precontractual suficiente sobre la relevancia de la cláusula suelo en el préstamo antes de la firma de la escritura para entender acreditada la transparencia (material) de la cláusula suelo.

En relación con esto último, esta Sala se ha pronunciado, por ejemplo, en la sentencia 213/2021, de 19 de abril, cuya doctrina reproducen las sentencias 487/2022, de 16 de junio, y 130/2023, de 31 de enero, en el sentido de que:

"El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matei; y 23 de abril de 2015, C-96/14, Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

"El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

"Tanto la jurisprudencia nacional como la comunitaria han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (por todas, STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; y STS 509/2020, de 6 de octubre). Así como que en el examen de la transparencia se deberán tener en cuenta "el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato" (STJUE de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, apartado 70)".

En efecto, el que la cláusula sea clara, resulte comprensible gramaticalmente y fuera leída por el notario antes de su firma no es suficiente para entender cumplido el control de transparencia.

Sobre este particular, las alegaciones de la recurrida acerca de que el representante de la actora era experto en la materia y debía conocer las consecuencias de la cláusula tampoco pueden ser aceptadas.

Como recuerda la sentencia 658/2024, de 13 de mayo, la posibilidad de tomar en consideración la cualificación profesional del consumidor, como una circunstancia más de las concurrentes en el momento de la celebración del contrato, a los efectos de valorar la superación del control de transparencia, ha sido admitida por esta sala, entre otras, en las sentencias 367/2017, de 8 de junio, 605/2019, de 12 de noviembre y 55/2020, de 23 de enero, entre otras.

En este sentido, señalamos en la sentencia 181/2023, de 7 de febrero, con cita de la sentencia 856/2022, de 30 de noviembre, que:

"[...] el perfil del consumidor es uno de los elementos tomados en consideración por esta sala para efectuar el control de transparencia de la cláusula suelo, en tanto que es relevante para calibrar el nivel de información necesario para considerar que la cláusula es transparente, esto es, para calibrar si la información es suficiente para que el consumidor pueda conocer la existencia y alcance de la cláusula suelo.

"En las sentencias 642/2017, de 24 de noviembre, y 581/2022, de 26 de julio, hemos declarado que el juicio sobre la suficiencia de la información para que pueda entenderse superado el control de transparencia de la cláusula está en función de circunstancias como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos, pues no cabe descartar que en algún caso los conocimientos de una determinada clase de consumidores sobre la materia puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa".

No obstante, en el caso presente, no apreciamos que concurren las circunstancias analizadas en la sentencia 581/2022, de 26 de julio, que se refirió a un supuesto de hecho en que se analizó el perfil de experto en la contratación de préstamos hipotecarios de uno de los prestatarios para aminorar las exigencias de la

información. Ni tampoco las contempladas en la STS 487/2022, de 16 de junio, en la que se consideraron cubiertos los deberes precontractuales de información, dada la condición del prestatario como director de la oficina bancaria con la que se concertó la subrogación, dado que:

"En su condición de director de oficina, constituía parte de su actividad promover la contratación de préstamos hipotecarios con clientes de la entidad, que solían incluir este tipo de cláusulas suelo, razón por la que tenía un conocimiento de cómo funcionaba este límite inferior a la variabilidad del tipo de interés y sus consecuencias en la economía del contrato. Es lógico que esta circunstancia influya en este caso a la hora de corroborar la suficiencia de la información precontractual recibida".

De igual manera, ese conocimiento propio de un experto justificó en la sentencia 130/2023, de 31 de enero, que consideráramos cubiertos los requisitos de transparencia, pues los conocimientos del prestatario, con respecto a los productos del banco para el que trabajaba, dispensaban tener que explicarle lo que era obvio y conocía perfectamente; y así argumentamos:

"La información precontractual sobre las condiciones generales de contratación del banco demandado eran dadas por el actor a los clientes de la entidad.

"Conocía, por lo tanto, lo que era el Euribor, su variabilidad, y correlativa repercusión sobre el interés que lo tomase como referencia, así como sus consecuencias jurídicas y económicas sobre la contraprestación del prestatario. Por supuesto, también, lo que implicaba la existencia de un límite mínimo al tipo de interés, que se mantendría invariable, pese a las condiciones más favorables del mercado relativas a la cotización del Euribor".

En el presente caso, no consta que el representante de la entidad actora ostentase la condición de persona "con conocimiento experto en este tipo de contratos" por el hecho de que hubiera contratado a título personal dos hipotecas o de que antes de contratar con la demandada consultara tipos de interés en otras entidades para conocer la cuota que debía pagar cada socio, pues ello no excluye la necesidad de recibir la información precontractual suficiente por parte de la entidad financiera para conocer la carga jurídica y económica que implicaba la cláusula suelo.

Hemos señalado, dentro de la casuística de cada proceso, que no es óbice para apreciar la falta de transparencia en la contratación con consumidores, la circunstancia de que el demandante ostentase la condición de empleado de banca, si no consta que su cometido estuviera relacionado con la información precontractual sobre las condiciones de los préstamos ofertados, en particular con la cláusula suelo, o que hubiera tenido participación alguna en la negociación del préstamo litigioso, así SSTs 642/2017, de 24 de noviembre, 237/2023, de 14 de febrero, ambas citadas por la sentencia 876/2023, de 5 de junio. Tampoco, se atribuyó la condición de experto por "el hecho de que ocupara un cargo en el consejo de una inmobiliaria", en la STS 517/2022, de 1 de julio.

No guarda el presente caso identidad de razón con el contemplado en la sentencia 581/2022, de 26 de julio, en el que el prestatario: "[...] era abogado en ejercicio, asesor y administrador de sociedades inmobiliarias y se publicita asimismo en Internet como experto en derecho bancario y en concreto en cláusulas suelo".

En definitiva, la recurrente intervino en el préstamo como consumidora, lo que implica la necesidad de llevar a efecto el doble control de transparencia respecto de la cláusula litigiosa. Incumbía al banco demandado probar que proporcionó a la recurrente a través de su representante la información precontractual adecuada y suficiente sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula suelo, esto es, que tenía constancia del significado y repercusiones de la cláusula suelo en la economía del contrato y su comparación con otros productos financieros, así como la situación de los tipos del mercado, y que el préstamo concertado, pese a ser de interés variable, solo podía oscilar respetando el mínimo de la cláusula suelo del 3%, cualquiera que fueran las condiciones del mercado relativas a la cotización del Euribor y los riesgos que con ello asumía. Dicha prueba no consta en las actuaciones, por lo que el control de transparencia material no se supera.

En conclusión, procede estimar el recurso de casación, casar y anular la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, procedemos a desestimar el recurso de apelación del banco demandado y a confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia.

NOVENO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación determina que no realicemos una mención especial sobre las costas procesales derivadas de los mismos. Imponemos a la entidad demandada el pago de las costas procesales de primera y de segunda instancia, dada la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Real Nuevo Club Náutico de Santa Cruz de La Palma contra la sentencia 515/2020, de 22 de mayo, dictada por la sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación n.º 1141/2018.

2.º- Casar y anular la mencionada sentencia y en su lugar desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 79/2018, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Santa Cruz de la Palma, cuyo fallo confirmamos.

3.º- No hacer mención especial sobre las costas procesales de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación e imponer a la entidad demandada el pago de las costas procesales de primera y segunda instancia.

4.º- Acordar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y acordar la pérdida del depósito 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.