



Roj: **STS 1212/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1212**

Id Cendoj: **28079110012022100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2022**

Nº de Recurso: **4473/2018**

Nº de Resolución: **250/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 250/2022

Fecha de sentencia: 29/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4473/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BADAJOZ SECCION N. 2

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 4473/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 250/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Joaquina , representada por el procurador D. Javier Menaya Macías, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel González Ortiz, contra la sentencia núm. 227/2018, de 25 de mayo, dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de



apelación núm. 688/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 778/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Unicaja Banco S.A., representada por la procuradora D.ª Mercedes Pérez Salguero y bajo la dirección letrada de D. Diego Castro Pardo y de D. Joaquín Maján Rodríguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Javier Menaya Macías, en nombre y representación de D.ª Joaquina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Unicaja Banco S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que estimando la demanda:

"1.- Declarar la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario de Joaquina por ser abusiva por falta de transparencia.

"2.- Condenar a UNICAJA BANCO S.A a devolver a la demandante los intereses cobrados en exceso por la aplicación de referida cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

"3.- Condenar a UNICAJA BANCO SA a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable de D. Joaquina , objeto de esta demanda, que regirán en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.

"4.-Condene a la entidad demandada a las costas procesales."

2.- Presentada la demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz y se registró con el núm. 778/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Mercedes Pérez Salguero, en representación de Unicaja Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz dictó sentencia n.º 170/2017, de 23 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por Dña. Joaquina , representada por el Procurador Sr. Menaya Macías y defendida por el Letrado Sr. González Ortiz frente a UNICAJA BANCO, SA, representada por la Procuradora Sra. Pérez Salguero y defendida por el Letrado Sr. Maján Rodríguez y, en consecuencia, ABSUELVO a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Se imponen las costas a Dña. Joaquina "

5.- La anterior sentencia, a instancia de la parte demandante, fue rectificada por auto del Juzgado en el sentido literal siguiente:

"RECTIFICAR los errores materiales contenidos en la sentencia dictada en la presente causa:

El Fundamento de derecho cuarto, último párrafo deberá constar: "Por tanto, habiéndose desestimado íntegramente la demanda, procede la imposición de costas a la parte actora"."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Joaquina .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 688/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Joaquina , confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Badajoz Nº 170/2017 de veintitrés de mayo, en el Juicio Ordinario Nº 778/18.

Condenar al apelante al pago de las costas de esta alzada, con pérdida del depósito constituido".

3.- La representación de la Sra. Joaquina , solicitó la rectificación de la anterior sentencia que fue desestimada mediante auto por la Audiencia Provincial.



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

1.- El procurador D. Javier Menaya Macias, en representación de D.^a Joaquina , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Por el cauce del artículo 477.1 LEC por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el concepto de consumidor, la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los **contratos** celebrados con consumidores".

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 29 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal D.^a Joaquina contra la sentencia de 25 de mayo de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.^a) en el rollo de apelación n.º 688/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 778/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 23 de marzo de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes*

1.- El 28 de diciembre de 2006 se celebró un **contrato** de préstamo con garantía hipotecaria entre la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (actualmente, Unicaja Banco S.A.) y Dña. Joaquina , para financiar la adquisición de un local, respecto del cual no constaba cuál iba a ser su destino.

2.- En la escritura de préstamo hipotecario figuraba una cláusula que limitaba la variabilidad del tipo de interés pactado al 5,75%.

3.- La Sra. Joaquina presentó una demanda en la que ejercitó una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contra la entidad prestamista, en relación con la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo).

4.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, por considerar que, al haber pedido el préstamo para adquirir un local de negocio, la prestataria no tenía la cualidad legal de consumidora. Por lo que no procedía realizar el control de transparencia postulado en la demanda.

5.- La demandante interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. En lo que ahora importa, consideró resumidamente que la compra de un local comercial no puede considerarse un acto de consumo.

6.- La demandante ha interpuesto un recurso de casación.

SEGUNDO. - *Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad*

1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, en su modalidad de interés casacional por contravención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se basa en un único motivo, que denuncia la infracción de los arts. 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (LGDCU) y 2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en **contratos** con consumidores.

En el desarrollo del motivo, la recurrente aduce, resumidamente, que el simple hecho de que se tratara de un local comercial no permite presumir una actividad empresarial o profesional. La demandante es empleada de una notaría y compró el local para utilizarlo como guardamuebles, al haberse trasladado a vivir a Canarias.

2.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó la inadmisibilidad del mismo, porque su único motivo altera la base fáctica que la Audiencia Provincial considera probada (art. 483.2.4º LEC).

Tales alegaciones no pueden ser compartidas, porque la parte recurrente no cuestiona la base fáctica, sino que discute la valoración jurídica que sobre esos hechos hace la Audiencia Provincial en relación con el concepto jurídico de consumidor. Lo que es precisamente el objeto del recurso de casación.

TERCERO.- Condición legal de consumidor. Legislación comunitaria y nacional. Interpretación jurisprudencial

1.- En la fecha en que se firmó el **contrato** de préstamo todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU), que establecía en su art. 1, apartados 2 y 3:

"2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

"3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

2.- Posteriormente, conforme al art. 3 del TRLCU, "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Por ello, el TRLCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGCU de 1984, para adoptar el de la celebración del **contrato** en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

No obstante, 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 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). En concreto, con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, dice:

"[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que 'los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de estas sentencias sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno' (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)".

3.- Las SSTJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (*Schrems*) y 14 de febrero de 2019, C-630/17 (*Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*), resumen la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establecen las siguientes pautas:

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un **contrato** determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, 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.

(ii) Sólo 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 económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de **contratos** cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

4.- Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala, al declarar que los criterios de la Ley de 1984 y del Texto Refundido de 2007 no son distintos y que en modo alguno existe una



dicotomía entre destinatario final y actividad profesional. Ambas definiciones, que no son excluyentes, puesto que giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial (sentencias 232/2021, de 29 de abril; y 693/2021, de 11 de octubre), deben ser interpretadas 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.

5.- La sentencia recurrida considera que la prestataria/recurrente no tenía la condición legal de consumidora cuando concertó el préstamo, porque lo solicitó para financiar la adquisición de un local de negocio, lo que le hace presumir que iba a desempeñar actividades profesionales o empresariales, y no iba a destinarlo a satisfacer sus necesidades privadas.

6.- Sin embargo, en el **contrato** no consta a qué se iba a destinar el local. Nos encontramos, pues, ante un caso similar al abordado por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (*Costea*), donde el TJUE concluyó que cuando no se precisa el destino del crédito, el prestatario puede considerarse "consumidor" con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los **contratos** celebrados con consumidores, cuando dicho **contrato** no esté vinculado a una actividad profesional.

La demandante afirma que, como se había ido a vivir a Canarias, el local le iba a servir de guardamuebles o trastero, lo que es claramente una actividad privada. Mientras que la entidad prestamista sostiene que lo iba a destinar a arrendamiento, lo que -por sí mismo- tampoco resulta significativo a estos efectos, porque a diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, siempre y cuando ese ánimo de lucro no se enmarque en una actividad profesional (sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero).

La jurisprudencia comunitaria ha venido considerando que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre un **contrato** de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un **contrato** de inversión. Y la STJUE de 2 de abril de 2020 (asunto C-500/18) ha ratificado que la finalidad lucrativa no excluye la condición de consumidor, sino que lo relevante es la finalidad profesional.

Desde ese punto de vista, es evidente que, aunque la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros (lo que ni siquiera está probado como tal en este caso) pueda implicar la intención de obtener un beneficio económico, si esa actuación no forma parte de una actividad comercial, empresarial o profesional de esa persona física que la realiza, no deja de ser un acto de consumo (sentencia 356/2018, de 13 de junio). Es decir, no es lo mismo dedicar un inmueble a arrendamiento, aunque se obtenga un lucro, siempre que esa actividad arrendaticia no suponga una actuación profesional, que desempeñar una actividad empresarial o profesional en un local para cuya adquisición se pide el préstamo, o dedicarlo a una actividad profesional de arrendamiento de inmuebles.

Como declaramos en la citada sentencia 16/2017, de 16 de enero:

"el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom".

7.-La parte recurrida sostiene, con fundamento en un informe que presentó con su contestación a la demanda, que la Sra. Joaquina se dedica habitualmente al arrendamiento de inmuebles, lo que incluiría su condición de consumidora, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala plasmada en la tan referida sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero. Sin embargo, dicho informe se refiere a actividades económicas de una sociedad mercantil y no a la Sra. Joaquina como tal; y de hecho ninguna de las sentencias de instancia lo citan o se apoyan en él para llegar a sus conclusiones.

8.- En consecuencia, con fundamento en los datos obrantes en las actuaciones, no cabe negar a la prestataria recurrente la condición legal de consumidora. Por lo que el recurso de casación debe ser estimado.

CUARTO.- Asunción de la instancia. Estimación del recurso de apelación y de la demanda

1.- Del examen de la prueba practicada en las actuaciones no se desprende que la demandante fuera informada adecuadamente de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, en particular de que el préstamo, pese a pactarse un interés variable, iba a funcionar en la práctica como un préstamo a interés fijo solamente variable al alza.



2.- Como consecuencia de ello, la cláusula litigiosa no supera el control de transparencia y debe ser declarada nula, conforme a la reiteradísima jurisprudencia de esta sala dictada a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

3.- En su virtud, el recurso de apelación debe ser estimado, con la consecuencia de dar lugar a la demanda en sus propios términos.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación de los recursos de casación y apelación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por ellos generadas, conforme previene el art. 398.2 LEC.

2.- La estimación de la demanda comporta que deban imponerse a la demandada las costas de la primera instancia, según establece el art. 394.1 LEC.

3.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
:

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por Dña. Joaquina contra la sentencia núm. 227/2018, de 25 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (sección 2ª), en el Recurso de Apelación núm. 688/2018, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Dña. Joaquina contra la sentencia núm. 170/2017, de 23 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badajoz, en el juicio ordinario núm. 778/2016, que revocamos.

3.º- Estimar la demanda formulada por Dña. Joaquina contra Unicaja Banca S.A. y declarar la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrita por las partes el 28 de diciembre de 2006, condenando a la entidad prestamista a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin aplicación de dicha limitación y a devolver las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales desde la fecha de cada pago indebido.

4.º- Imponer a Unicaja Banco S.A. las costas de la primera instancia.

5.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su formulación.

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.