



Roj: **STS 1775/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1775**

Id Cendoj: **28079110012023100645**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/05/2023**

Nº de Recurso: **6079/2019**

Nº de Resolución: **654/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 654/2023

Fecha de sentencia: 03/05/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **6079/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/04/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MURCIA SECCION N. 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: **6079/2019**

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 654/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 3 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Antonia y D. Jesús Luis , representada/o por el procurador D. Manuel Sánchez Puelles bajo la dirección letrada de D. Lucio José López Mengual, contra la sentencia núm. 467/2019, de 17 de junio, dictada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia en



el recurso de apelación núm. 1021/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 422/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 (bis) de Murcia. Ha sido parte recurrida CaixaBank S.A., representada por el procurador D. David García Riquelme y bajo la dirección letrada de D. José Joaquín Pousa Velázquez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Encarnación Bermejo Garres, en nombre y representación de D.ª Antonia y D. Jesús Luis, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"Primero: Se declare en este caso la nulidad, por abusiva, de la condición general inserta en el contrato de **préstamo** de fecha 10-8-2005 (doc. 2) con el número "Condición Financiera Tercera bis, apartado 5", que establece la cláusula suelo/techo, y ello por ser una cláusula no negociada individualmente y ser abusiva, al producir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de mis representados y en aplicación en este caso de la STS 241/2013, de 9 de mayo; y se condene, en consecuencia, a la entidad demandada a restituir a mis mandantes íntegramente las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula suelo, con los intereses legales desde la fecha de cobro de cada cuota correspondiente, así como a recalcular el cuadro de amortización del **préstamo hipotecario**; y

"Segundo: Se declare en este caso la nulidad, por abusiva, de la condición general inserta en el contrato de **préstamo** de fecha 10-8-2005 (doc. 2) con el número "Condición Financiera Quinta", relativa a gastos, y ello por ser una cláusula no negociada individualmente y ser abusiva, al producir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de mis representados y en aplicación en este caso de la S. TS de 23 de diciembre de 2015, y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a abonar a mi representado la cantidad de TRECE MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS (13.426,51 euros), con sus intereses legales desde la fecha de abono por parte de mis representados (según consta en doc. 3); y

"Tercero: Se declare en este caso la nulidad, por abusiva, de la condición general inserta en el contrato de **préstamo** de fecha 10-8-2005 (doc. 2) con el número "Condición Financiera Sexta", relativa a intereses de demora, y ello por ser una cláusula no negociada individualmente y ser abusiva, al producir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de mis representados y en aplicación en este caso de la jurisprudencia del TS y del TJUE citada anteriormente; y

"Cuarto: Se declare en este caso la nulidad, por abusiva, de la condición general inserta en el contrato de **préstamo** de fecha 10-8-2005 (doc. 2) con el número "Condición Financiera Sexta bis, párrafo segundo", relativa a vencimiento anticipado, y ello por ser una cláusula no negociada individualmente y ser abusiva, al producir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de mis representados y en aplicación en este caso de la jurisprudencia citada anteriormente; y

"Quinto.- Se impongan las costas a la demandada, por lo razonado en el apartado III de los fundamentos de Derecho."

2.- La demanda fue presentada el 11 de julio de 2017 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 (bis) de Murcia, se registró con el núm. 422/2017. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Jennifer Ferreira Morales, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 bis de Murcia dictó sentencia de fecha 25 de mayo de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Doña Encarnación Bermejo Garres en nombre y representación de Don Jesús Luis y Doña Antonia contra Bankia S.A. representada por la Procuradora Doña Jenifer Ferreira Morales debo declarar y declaro nulas las cláusulas transcritas en fundamento de derecho primero, contenidas en la Escritura reseñada: cláusula suelo o de limitación de variabilidad del tipo de interés, cláusula de intereses moratorios y cláusula reguladora de los gastos, las cuales se tienen por no puestas, no produciendo ningún efecto excluyéndose de dicha declaración de nulidad el pasaje referido, en cuanto a los gastos, a la atribución al prestatario de "los gastos de igual naturaleza correspondientes a la obtención de título previo de propiedad a favor de la parte prestataria; los de cancelación



de cargas o gravámenes anteriores o preferentes a la hipoteca que no sean expresamente aceptados en la escritura de **préstamo**" cuya validez se mantiene.

"Se condena a la demandada a abonar a los actores las siguientes cantidades:

-en concepto de gastos, la cantidad total de mil setecientos dos euros con ochenta y un céntimos (1.702,81 euros) más intereses legales desde el 19 de mayo de 2017 hasta su completo pago.

-en concepto de cláusula suelo, la cantidad que resulte de aplicar las bases de liquidación establecidas en el fundamento de derecho decimoprimer. Asimismo, deberá la parte demandada realizar un nuevo cuadro de amortización del capital como si la cláusula no hubiera operado nunca.

"Sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes".

#### **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 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número de rollo 1021/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de junio de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"Que ESTIMANDO íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Ferreira Morales en representación de la entidad bancaria "Bankia" S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado civil nº 11 bis de Murcia en el procedimiento Ordinario nº 422/2017 debemos REVOCAR la misma en su totalidad y en consecuencia declaramos la consiguiente desestimación de la demanda debiendo absolver a la entidad bancaria demandada de las pretensiones contra ella formuladas con imposición a la parte actora de las costas de la instancia y sin efectuar declaración sobre las costas de esta alzada.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al ser estimado el recurso".

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

1.- La procuradora D.ª Encarnación Bermejo Garres, en representación de D.ª Antonia y D. Jesús Luis , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Infracción de los artículos 3.1, 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, del artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y del artículo 1.1º del Código de Comercio, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

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 23 de febrero de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Antonia y Don Jesús Luis contra la sentencia dictada, el día 17 de junio de 2019, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 1021/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 422/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 Bis de Murcia."

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 27 de abril de 2023, en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

1.- El 10 de agosto de 2005 se celebró un contrato de **préstamo** con garantía hipotecaria entre Bankia S.A., como prestamista, y Dña. Antonia y D. Jesús Luis , como prestatarios, a interés variable, si bien con una cláusula de limitación a la variabilidad de dicho interés del 3% (suelo) y el 15% (techo).



Asimismo, se incluyó una cláusula de intereses moratorios del 25% y una cláusula que atribuía a los prestatarios el pago de todos los gastos derivados del contrato.

2.- El destino del **préstamo** fue la financiación de la rehabilitación de unos pisos que había adquirido la prestataria por herencia y que posteriormente dedicó a arrendamiento.

Los prestatarios se dedican profesionalmente al ejercicio de actividades de óptica y farmacia.

3.- Los prestatarios presentaron una demanda en la que ejercitaron una acción individual de nulidad de las indicadas condiciones generales de la contratación y una acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas litigiosas. En lo que ahora importa, consideró que el contrato se había celebrado al margen de la actividad profesional de los demandantes y que posteriormente alquilaran los pisos que habían rehabilitado con el dinero del **préstamo** no enervaba su condición de consumidores, puesto que el ánimo de lucro no la excluye.

5.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandada. A los efectos que nos ocupan, consideró que los prestatarios no eran consumidores, porque el dinero no se dedicó a sus necesidades de consumo privado, sino al ejercicio de una actividad profesional de arrendamiento de inmuebles.

6.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación.

#### **SEGUNDO.-** *Planteamiento del único motivo de casación*

1.- El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 3.1, 82 y 83 TRLCU, 8.2 LCGC y 1.1 CCom.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial contraviene la jurisprudencia de esta sala, al no considerar que el **préstamo** se solicitó al margen de la actividad profesional de los demandantes y que el ánimo de lucro en una inversión no excluye por sí mismo la cualidad legal de consumidores.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por alteración de la base fáctica. Sin embargo, esta alegación no puede ser atendida. Lo que hace la Audiencia Provincial, al enjuiciar la cualidad de consumidores de los demandantes, es una valoración jurídica y no meramente fáctica. No se discute que los prestatarios eran profesionales de la farmacia y la óptica y que pidieron el **préstamo** para rehabilitar unas viviendas y dedicarlas a alquiler. Lo que se discute y ese es el objeto del recurso de casación, es si con esa base fáctica se les puede calificar jurídicamente como consumidores.

#### **TERCERO.-** *La cualidad legal de consumidor y el ánimo de lucro*

1.- El art. 3 del Texto Refundido de 2007 (TRLCU) estableció que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Posteriormente, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, reformó el mencionado art. 3, que pasó a tener el siguiente tenor literal:

"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 que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

2.- Estas definiciones, 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, que incide en el aspecto objetivo de la relación y no en el subjetivo de su titular.

3.- Como recuerda la 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)".

Es decir, lo determinante es la posición del contratante en la relación jurídica controvertida, en función de su naturaleza y finalidad, y no sus circunstancias personales o subjetivas, en tanto que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

4.- Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha considerado 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 los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de 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.

No obstante, sin apartarse de dicha regla general, cabría considerar que 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, fondos etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período 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 ( sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero; y sentencia 356/2018, de 13 de junio).

5.- Sobre el supuesto concreto de compra de inmuebles para su arrendamiento, nos hemos pronunciado en las sentencias 356/2018, de 13 de junio, y 250/2022, de 29 de marzo, en las que hemos indicado que, aunque la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros 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. 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.

6.- Estas mismas consideraciones son válidas para la rehabilitación de un inmueble ya adquirido previamente, siempre y cuando se cumpla la condición de que esa actividad de alquiler posterior no sea profesional o empresarial.

En este caso, conforme a la base fáctica sentada en la instancia, la actividad profesional de los demandantes no es el arrendamiento de inmuebles, puesto que son farmacéutica (la Sra. Antonia ) y óptico (el Sr. Jesús Luis ) y la finalidad perseguida con la rehabilitación de unos pisos heredados por la Sra. Antonia para su posterior arrendamiento era complementar los ingresos de la familia. Es decir, se trata de una actividad privada, ajena a su desempeño profesional, que no priva a los prestatarios de la condición legal de consumidores, por más que el arrendamiento entrañe una finalidad lucrativa.

7.- Razones por las que el recurso de casación debe ser estimado. Y por las mismas razones jurídicas, al asumir la instancia, debe desestimarse el recurso de apelación de la entidad demandada y confirmarse la sentencia de primera instancia.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

1.- Habida cuenta la estimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- La desestimación del recurso de apelación de la demandada comporta que deban imponérsele las costas de la segunda instancia, conforme determina el art. 398.1 LEC.

3.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

#### **FALLO**



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

**1.º**- Estimar el recurso de casación formulado por Dña. Antonia y D. Jesús Luis contra la sentencia núm. 467/2019, de 17 de junio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Recurso de Apelación núm. 1021/2018, que casamos y anulamos.

**2.º**- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia núm. 321/2018, de 25 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 Bis de Murcia, en el juicio ordinario núm. 422/2017, que confirmamos.

**3.º**- Imponer a Caixabank S.A. las costas del recurso de apelación.

**4.º**- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

**5.º**- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ