



Roj: **STS 1519/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1519**

Id Cendoj: **28079110012021100219**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **1619/2018**

Nº de Resolución: **232/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 232/2021**

Fecha de sentencia: 29/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1619/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/04/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE TARRAGONA SECCION N. 3

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1619/2018

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 232/2021**

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 abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López, bajo la dirección letrada de D.ª Sonia Martínez López, contra la sentencia núm. 48/2018, de 6 de febrero, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el recurso



de apelación núm. 338/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 320/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Tarragona, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula suelo). Ha sido parte recurrida Reial Club Náutico de Tarragona, representado por el procurador D. Francisco García Crespo y bajo la dirección letrada de D. Augusto Vallvé Navarro.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª M. Antònia Ferrer Martínez, en nombre y representación de Reial Club Nautic de Tarragona, interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"1.- Se declare la nulidad de la cláusula suelo contenida en la estipulación tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario de 14 de marzo de 2007.

"2.- Se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario de 14 de marzo de 2007.

"3.- Se condene a la entidad demandada a la devolución al actor de todas aquellas cantidades cobradas indebidamente en virtud de la cláusula suelo por intereses a partir de la publicación de la sentencia número 241/2013 de 9 de mayo de 2013 (Recurso 485/2012) del Tribunal Supremo que ascienden a la suma de 19.143,28 € así como las cantidades que la entidad bancaria perciba a consecuencia de la cláusula suelo durante la tramitación del procedimiento hasta el momento de dictarse sentencia, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

4.- Se impongan a la demandada el pago de las costas causadas en este procedimiento por su temeridad y mala fe."

2.- La demanda fue presentada el 11 de mayo de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Tarragona, se registró con el núm. 320/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Manuel Dioniso Borrell, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la imposición de costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Tarragona dictó sentencia n.º 17/2017, de 24 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Ferrer Martínez en nombre y representación de REIAL CLUB NAUTIC DE TARRAGONA contra ABANCA representada por el procurador Sr. Dionisio Borrel Ferre y debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula suelo recogida en la cláusula Tercer Bis del contrato de préstamo con hipoteca suscrito entre las partes de 14 de marzo de 2007, procediendo a la eliminación de la misma, y debo condenar y condeno a la demandada a eliminar la cláusula tercer bis, en lo que se refiere al límite del tipo de interés remuneratorio, de la escritura de préstamo hipotecario de 14 de marzo de 2007 y a pagar a la demandante la cantidad de 19.143,26 euros más los intereses del artículo 1108 del CC desde la fecha de cada uno de los cobros.

Que debo condenar a la demandada al pago de las costas".

5.- Por auto de 24 de marzo de 2017 se rectificó de oficio un error material del encabezamiento de la anterior sentencia, a fin de hacer constar que la fecha de la sentencia es la de 24 de enero de 2017 y no la de 24 de enero de 2016. Desestimándose la petición de aclaración solicitada por la representación de Reial Club Nautic de Tarragona.

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Abanca Corporación Bancaria S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que lo tramitó con el número de rollo 338/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 6 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"Amb desestimació del recurs d'apel·lació que ha interposat el procurador Manel Dionisio Borrell, en representació d'Abanca, Corporación Bancaria, SA defensada per l'advocada Sonia Martínez López, contra la



resolución que ha dictat el Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tarragona, amb data de vint-i-quatre de gener de dos mil disset, en les seves actuacions de procediment ordinari 320/16, i amb estimació de la impugnació que n'ha fet, de la mateixa resolució, la procuradora M. Antònia Ferrer Martínez, en representació del Reial Club Nàutic de Tarragona, demandat en primera instància, defensat per l'advocat August Vallvé Navarro,

1) CONFIRMEM aquesta resolució, amb la sola rectificació d'afegir a la suma que ha de pagar la demandada a l'actor la que resulti d'aplicar les conseqüències de la nul·litat declarada al període comprès entre l'1 de març de dos mil setze i la sentència,

2) Amb imposició a la demandada de les costes del seu recurs i sense condemnar cap de les parts pel que fa a les derivades de la impugnació".

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

1.- El procurador D. Manel Dionisio Borrell, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (redacción vigente desde 31 de Diciembre de 2006 hasta 24 de Marzo de 2007), en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo [...].

"Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, [...], que sostienen los criterios a tomar en consideración para considerar superado el control reforzado de transparencia en acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo estipuladas en contratos de préstamo hipotecario 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 9 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria S.A. frente a la sentencia de 6 de febrero de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª) en el rollo de apelación n.º 338/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 320/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Tarragona".

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 15 de abril de 2021, en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

1.- El 14 de marzo de 2007, el Reial Club Nautic de Tarragona (entidad deportiva sin ánimo de lucro) suscribió con Caja de Ahorros de Galicia (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A., en lo sucesivo, Abanca) un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, que contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés con 3% de suelo y 10% de techo.

2.- La prestataria presentó una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusiva de la indicada cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés y se condenara a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, al considerar, resumidamente, que: (i) la entidad prestataria tenía la cualidad legal de consumidora; y (ii) la prestataria no había sido informada debidamente de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula suelo. Como consecuencia de lo cual, declaró la nulidad de la cláusula litigiosa y ordenó la devolución de las cantidades abonadas por su aplicación.

4.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandantes. A los efectos que nos ocupan, consideró que una asociación sin ánimo de lucro debe ser considerada consumidora y que la cláusula no superaba el control de transparencia.

5.- La demandada formuló un recurso de casación.

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de casación. Condición legal de consumidor**Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la sala 224/2017, de 5 de abril, 16/2017, de 16 de enero, 17 de marzo de 1998, 16 de octubre de 2000, 15 de diciembre de 2005 y 18 de junio de 2012.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que una asociación que solicitó el préstamo para realizar obras de mejora en las instalaciones del club que explota en un ámbito profesional, no es consumidora. Así como que, en la fecha en que se suscribió el contrato, lo determinante era el destino final de la operación y no la ausencia de ánimo de lucro, concepto que se introdujo posteriormente en el TRLCU.

La recurrente considera que la Audiencia Provincial hace una aplicación retroactiva del art. 3 TRLCU y se aparta de la interpretación restrictiva que del concepto jurídico de consumidor ha venido efectuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE.

Para la entidad prestamista, aunque la asociación prestataria no tenga formalmente ánimo de lucro, lo determinante es que destinó el préstamo a la adquisición de bienes para integrarlos en procesos de prestación de servicios a terceros, como lo es en este caso la reforma y mejora de las instalaciones del Club Deportivo. Resalta que la asociación demandante está dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas con CNAE "93- 11-Gestión de instalaciones deportivas, siendo la descripción de su actividad la "Gestión del puerto deportivo de Tarragona, la organización de eventos y competiciones". Actividades en las que, según la recurrente, no sólo participan los miembros de la asociación, sino que implican la prestación de servicios a terceros, de manera que la demandante no ostenta la condición jurídica de consumidora.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó que este motivo era inadmisibile por falta de interés casacional. Sin embargo, esta alegación no puede ser atendida, porque la parte recurrente identifica la norma sustantiva que considera infringida y la jurisprudencia que entiende vulnerada. Cosa distinta es que efectivamente exista o no esa contradicción, pero eso afecta a la estimación, no a la admisibilidad.

*Decisión de la Sala:*

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 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.

7.- Como consecuencia de lo expuesto, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

**TERCERO.- Segundo motivo de casación. Inadmisibilidad por falta de cita de la norma sustantiva infringida**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de casación se interpone con carácter subsidiario al anterior y denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 171/2017, de 9 de marzo, 36/2018, de 24 de enero, y 43/2018, de 29 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida no aplica adecuadamente los parámetros para la realización del control de transparencia respecto de la cláusula suelo establecidos en las mencionadas sentencias.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo, tal y como está formulado, resulta inadmisibile, porque no cita la norma sustantiva que considera infringida. Únicamente contiene la mención de la jurisprudencia de esta sala que estima vulnerada, pero ello sirve para justificar el interés casacional, pero no cumplimenta los requisitos de formulación de un motivo de casación.



2.- Como presupuesto previo, el recurso de casación ha de basarse en la existencia de una infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, que ha de quedar identificada en el encabezamiento del recurso y ha de ser explicada en su desarrollo. El verdadero motivo debe estar en el "conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso" (entre otras, sentencias 220/2017, de 4 de abril, 338/2017, de 30 de mayo, y 380/2017, de 14 de junio).

3.- La causa de inadmisión deviene, en este momento procesal, en causa de desestimación de este motivo de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias 564/2013, de 1 de octubre; 146/2017, de 1 de marzo; y 650/2019, de 5 de diciembre).

El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

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

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

#### **FALLO**

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

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia núm. 48/2018, de 6 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 3ª), en el Recurso de Apelación núm. 338/2017.

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

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.