



Roj: **STS 866/2021 - ECLI:ES:TS:2021:866**

Id Cendoj: **28079110012021100123**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2021**

Nº de Recurso: **4929/2017**

Nº de Resolución: **130/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 130/2021

Fecha de sentencia: 09/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4929/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 4929/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 130/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 9 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 504/2017, de 17 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cantabria, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 86/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santander, sobre cláusula suelo.



Es parte recurrente D. Obdulio , D. Oscar y D.^a Cecilia , y representados por el procurador D. Enrique Pando Mollá y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Mellado Ballastra.

Es parte recurrida Bancofar, S.A., representada por la procuradora D.^a María Soledad Paloma Muelas García y bajo la dirección letrada de D. Alejandro Núñez-Samper Pizarroso y Bankia, S.A. representada por el procurador D. Joaquín Jañez Ramos y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Enrique Pando Mollá, en nombre y representación de D.^a Cecilia , D. Obdulio y D. Oscar interpuso demanda de juicio ordinario contra Bancofar, S.A. y Bankia, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] estimando íntegramente la demanda:

"1.- Se declare la nulidad por no incorporación válida al contrato de préstamos litigiosos de Condición General (Cláusula Suelo) y en su defecto por abusiva al no superar el control de transparencia según los criterios fijados por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, de la cláusula financiera limitativa del interés variable pactado incorporada en el número 5 de la estipulación tercera bis (interés variable) del préstamo hipotecario suscrito el día 2 de enero de 2004 por los padres de mis mandantes bajo el protocolo del Notario Sr. Martínez Lozano, en el que se "subrogaron" los actores por Novación y Ampliación de dicho préstamo de fecha 3 de septiembre de 2008 (nº 3453 del protocolo del Notario Sr. Martínez Lozano) en que establece el límite de las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable del 3% y un máximo del 15%, así como la cláusula suelo incorporada en el número 5 de la estipulación tercera bis (interés variable) del préstamo hipotecario suscrito el día 2 de enero de 2004 por mis mandantes bajo el nº 9 de protocolo del Notario Sr. Martínez Lozano, que establece el límite de las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable del 3% y un máximo del 15% y que se reproduce posteriormente arrastrando el vicio estructural, en virtud de escritura pública de novación y préstamo hipotecario de fecha 3 de septiembre de 2008 bajo el nº 3454 del protocolo del Notario Sr. Martínez Lozano.

"2.- Se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula suelo de los referidos contratos de préstamo hipotecario suscrito con los demandantes manteniendo vigente el resto del contrato y a devolver a mis mandantes las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia, sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes, todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización de los préstamos hipotecarios desde su constitución y que registrará en lo sucesivo hasta el fin del préstamo, lo cual se verificará en ejecución de sentencia.

"3.- Se condene a la demanda al pago de las costas procesales causadas en este procedimiento, con base en lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC así como al hecho de que se le ha requerido fehacientemente para que elimine la cláusula y devuelva las cantidades extrajudicialmente, todo ello de forma amistosa a fin de evitar la contienda judicial, rechazando tal ofrecimiento a sabiendas de la doctrina emanada por el Tribunal Supremo tras la Sentencia de 9 de mayo de 2015, obligando a esta parte a litigar judicialmente con el coste que ello supone".

2.- La demanda fue presentada el 12 enero de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santander, fue registrada con el n.º 86/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Ubelina Castanedo Galán, en representación de Bancofar, S.A. y D. Joaquín María Jañez Ramos, en representación de Bankia, S.A, contestaron a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santander dictó sentencia 13/2017, de 23 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Pando Mollá en nombre y representación de Oscar , Obdulio , y su esposa Cecilia frente a Bancofar S.A representado por la procuradora. Sra. Castañedo Galán y Bankia S.A representada por el procurador Sr. Jañez Ramos debo:



"- declarar la nulidad por no incorporación válida al contrato de préstamo litigioso de Condición General (cláusula suelo) de la cláusula financiera limitativa del interés variable pactado incorporada en el número 5 de la estipulación tercera bis (interés variable) del préstamo hipotecario suscrito el día 2 de enero de 2004 bajo el nº 12 del protocolo del Notario Sr. Martínez Lozano, en el que se "subrogaron" los actores por Novación y Ampliación de dicho préstamo de fecha 3 de septiembre de 2008 (nº 3454 del protocolo del Notario Sr. Martínez Lozano)

"-condenar a las demandadas a eliminar dicha cláusula suelo de los referidos contratos de préstamo hipotecario manteniendo vigente el resto del contrato y a devolver a los actores las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde su constitución de acuerdo con lo establecido en el Fundamento Sexto con intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia, sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido.

"-Desestimar el resto de las pretensiones formuladas sin que proceda hacer imposición, de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Cecilia , D. Obdulio y D. Oscar , de Bancofar, S.A y de Bankia, S.A. Las partes apeladas se opusieron a los recursos presentados de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cantabria, que lo tramitó con el número de rollo 238/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 504/2017, de 17 de octubre, cuyo fallo dispone:

"Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Bancofar SA, así como de igual forma, el planteado por BANKIA SA contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santander, a la vez que desestimamos la apelación de los actores. En su consecuencia:

- "1. Revocamos la sentencia de instancia.
- "2. Desestimamos la demanda.
- "3. Imponemos las costas de la instancia a los actores.
- "4. No se imponen las costas de los recursos de las demandadas.
- "5. Las costas de la apelación de los actores se imponen a éstos

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

1.- La procuradora D. Enrique Pando Molla, en representación de D.^a Cecilia , D. Obdulio y D. Oscar , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.-Primer motivo de casación.- Infracción del artículo 7 del Código Civil y 1258 del Código Civil relativo al principio de buena fe que debe presidir todo de contratos y "doctrina de los actos propios" al vulnerar doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo y que se contiene entre otras muchas, en sus Sentencias de 5 de enero de 1999 (RC 10679/1990), 30 de octubre de 1995 (Roj; STS 5428/1995) o 30 de enero de 2003 (Roj: STS 540/2003 ECLI: ES:TS:2003:540) presentando interés casacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC.

"2.-Segundo motivo de casación.- Infracción de los artículos 5, 7 y 8 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), en la relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación) por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, nº 241/2013, rec. 482/2012 (Roj: STS 1916/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1916) y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, así como la Sentencia Pleno de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5618), relativa a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable, presentado por ello interés casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de



noviembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Bancofar, S.A. y Bankia, S.A. se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) El 11 de marzo de 2003, D. Obdulio junto con su cónyuge D^a Silvia y sus dos hijos, aquí demandantes, D. Obdulio y D. Oscar, formalizaron un contrato de compraventa de negocio por el que adquirían el negocio de farmacia y óptica que giraba bajo la denominación comercial de "Óptica y Farmacia Erasum", sito en Santander, calle Calvo Sotelo, 2-bajo, con todos los derechos y obligaciones que de su titularidad se derivan por importe de 1.502.530,26 euros. Las partes pactaron que la fecha de cierre de los negocios de óptica y farmacia sería el 31 de enero de 2003.

ii) El 2 de enero de 2004, D. Obdulio y D.^a Silvia (padres de D. Obdulio y D. Oscar) suscribieron, como prestatarios, una escritura de préstamo con garantía de hipoteca inmobiliaria, por importe de 920.000 euros, con Bancofar, S.A. (que posteriormente cedería el crédito derivado de este préstamo a Bankia, S.A. mediante escritura de 1 de julio de 2014), con un plazo de amortización de 15 años, un interés fijo el primer año y variable el resto del plazo, con una cláusula de "limitación a la variación del tipo de interés" (tercera bis, apartado 5) del siguiente tenor:

"Transcurrido el primer periodo de doce meses del presente préstamo, en ningún caso el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al tres por ciento anual (3,00%) o superior al quince por ciento anual (15,00%), cualquiera que fuese el tipo resultante por la aplicación de los mecanismos de revisión pactados".

En la cláusula decimonovena de esta escritura, bajo el epígrafe "Advertencias y reservas legales", se hace constar lo siguiente:

"El Notario autorizante hace constar y advierte, conforme a lo establecido en el artículo 7º de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, lo siguiente:

"a) Que la parte prestataria ha tenido derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en su despacho durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. [...]

"d) Que se han establecido unos límites mínimos del tres (3'00) por ciento y máximos del quince (15'00) por ciento a las variaciones del tipo de interés ordinario y del veinticinco (25'00) por ciento en los moratorios".

iii) El 3 de septiembre de 2008, D. Oscar y los esposos D. Obdulio y D.^a Cecilia, previa compra del local hipotecado, se subrogaron como deudores en el préstamo hipotecario anterior, suscrito inicialmente por sus padres, y pactaron su cancelación parcial, una ampliación de su importe inicial y una novación de alguna de sus condiciones financieras (apartado c de la estipulación tercera sobre "intereses ordinarios"). En esta escritura se hacía referencia al préstamo originario de 2004 en el que se subrogaban los otorgantes, y cuyos pactos modificaban en los términos indicados, pero no se les entregó copia, ni se reprodujo en la escritura de subrogación el tenor de la estipulación tercera bis, apartado 5, en que se incluía la cláusula suelo. Tampoco se les entregó ningún folleto informativo ni oferta vinculante. En aquella escritura de novación y ampliación se incluía una estipulación novena, bajo el epígrafe de "Ratificación general", del siguiente tenor:

"En cuanto no se modifica por la presente, las partes ratifican el contenido de la escritura de préstamo relacionada".

iv) El 2 de enero de 2004, los demandantes D. Obdulio y D. Oscar, como únicos integrantes de la Comunidad de Bienes denominada " DIRECCION000 , CB", suscribieron como prestatarios una escritura de préstamo con garantía de hipoteca mobiliaria, sobre establecimiento mercantil dedicado a farmacia, por importe de 1.060.000 euros, con Bancofar,S.A. (que también cedería posteriormente el crédito derivado de este préstamo a Bankia,S.A. en escritura de 1 de julio de 2014). D. Imanol y D.^a Silvia también intervinieron en el otorgamiento de este préstamo a los efectos de prestar su conformidad con la hipoteca que se constituía sobre el derecho de traspaso del arrendamiento del local comercial de su propiedad. Se pactó un plazo de amortización de 180



meses, un interés fijo el primer año y variable el resto del plazo, con una cláusula de "limitación a la variación del tipo de interés" (tercera bis, apartado 5) del siguiente tenor:

"Transcurrido el primer periodo de doce meses del presente préstamo, en ningún caso el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al tres por ciento anual (3,00%) o superior al quince por ciento anual (15,00%), cualquiera que fuese el tipo resultante por la aplicación de los mecanismos de revisión pactados".

v) El 3 de septiembre de 2008, los prestatarios y Bancofar,S.A. otorgaron una nueva escritura de novación y ampliación de este segundo préstamo hipotecario, en la que se pactaba una cancelación parcial y ampliación del capital del préstamo inicial y se modificaba el interés convenido inicialmente.

2.- D. Obdulio , D. Oscar y D.^a Cecilia formularon demanda contra Bancofar y contra Bankia en la que solicitaban que se declarara la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés que figuraba en las dos escrituras de préstamos hipotecarios de 2 de enero de 2004, primero por tratarse de una condición general de la contratación y no cumplir los requisitos para su incorporación al contrato, y subsidiariamente por falta de transparencia y abusividad, así como la condena a las entidades prestamistas a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

3.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda respecto del préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria, al considerar que, si bien los demandantes no tenían la condición de consumidores, la cláusula no superaba el control de incorporación respecto de los prestatarios subrogados en 2008, y desestimó la demanda en cuanto al préstamo garantizado con hipoteca mobiliaria, pues si bien tampoco se reprodujo la cláusula suelo en la escritura de ampliación y novación de este segundo préstamo, en este caso los demandantes no son prestatarios en virtud de una subrogación sino que fueron los prestatarios iniciales, por lo que tuvieron conocimiento de la cláusula al figurar en la escritura de concesión del préstamo hipotecario inicial.

En relación con el primero de los préstamos citados razonó así la estimación:

"Pues bien, en el caso del primer préstamo en el que los demandantes se subrogaron es claro que como ya se ha expuesto con anterioridad no se cumplen estos requisitos.

"La estipulación que contiene la cláusula suelo (apartado 5 de la estipulación tercera bis) no consta que fuera conocida por los demandantes.

"No aparece alusión alguna a ella en la escritura de 3 de septiembre de 2008 ya que se omite cualquier referencia a su existencia en la estipulación quinta en la que se modifica el tipo de interés del préstamo, así como en el resto de la misma.

"Tampoco aparece incorporada como anexo ni consta que le fuera entregada sin que resulte suficiente la mención genérica de "cumplir todas las obligaciones establecidas en la escritura de préstamo".

"La declaración testifical de la Sra. Eva tampoco ha servido para acreditar que se hubiera hecho entrega a los demandantes de una copia de la escritura de préstamo ni de que se les hubiera informado expresamente de la existencia y del contenido de la cláusula suelo pues de hecho según ha manifestado todas las conservaciones se mantuvieron con el padre de los demandantes pero no con estos.

"Por tanto, se ha incumplido en este caso lo dispuesto en los art.5 y 7 de la LCGC en la medida en que el adherente no tuvo oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato por lo que cabe concluir que no puede considerarse incorporada al contrato y ello sin necesidad de entrar a valorar su comprensibilidad gramatical, transparencia, claridad, concreción o sencillez".

4.- Recurrida la sentencia tanto por los prestatarios como por las entidades prestamistas, la Audiencia desestimó la apelación de los primeros, y estimó la de las entidades bancarias, por considerar que los demandantes no tienen la condición de consumidores, y que las cláusulas suelo de ambos préstamos superan el control de incorporación. En consecuencia, revoca la sentencia de primera instancia y desestima íntegramente la demanda.

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación, articulado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación del primer motivo. Inadmisibilidad.*

1.- El motivo denuncia la infracción de los arts. 7 y 1258 CC, relativo al principio de buena fe en los contratos y la doctrina de los actos propios, y en su encabezamiento y desarrollo alega la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de esta Sala de 5 de enero de 1999, 30 de octubre de 1995 y 30 de enero de 2003.

2.- Bankia opone que este motivo plantea cuestiones que no afectan a la razón decisoria de la sentencia.



3.- Este óbice, que afecta a la admisibilidad del recurso, debe ser estimado. En efecto, el motivo incurre en la causa de inadmisibilidad de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4º LEC) porque discurre al margen de la *ratio decidendi* [razón decisoria] de la sentencia recurrida, basada en que al no tener los prestatarios la condición de consumidores, dada la finalidad de los préstamos destinados a financiar la compra del local en el que desarrollar profesionalmente el negocio de farmacia, no cabe el control de abusividad, sino únicamente del de incorporación, y aprecia que éste control sí se supera. Añade la Audiencia que aunque también cabría someter el caso a la normativa civil común sobre posible nulidad por afección del consentimiento y sobre las exigencias de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones, sin embargo estas acciones no se han ejercitado.

Como recuerda la sentencia 453/2018, de 18 julio:

"tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan "*ratio decidendi*" (autos 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos "*obiter*", a "mayor abundamiento" o "de refuerzo" (SSTS número 362/2011, de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras). La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya "*ratio decidendi*" (sentencias 238/2007, de 27 de noviembre; 1348/2007, de 12 de diciembre; 53/2008, de 25 de enero; 58/2008, de 25 de enero; 597/2008, de 20 de junio, entre otras)".

Los recurrentes, sin embargo, obvian totalmente en este motivo la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida y lo construyen margen de ésta, lo que determina la inadmisión del motivo.

4.- La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del primer motivo casacional. 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 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

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).

TERCERO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo denuncia la infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en la relación a los requisitos para la válida incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación (control de transparencia en cuanto a la incorporación) y la oposición a la doctrina jurisprudencial de las sentencias de esta Sala Primera 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (y su Auto de aclaración de 3 de junio de 2013) y 23 de diciembre de 2015, relativas a la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios a interés variable,

2.- En su desarrollo, se alude exclusivamente al primer préstamo, esto es, el que suscribieron los padres de los demandantes en 2004 y en el que estos se subrogaron en 2008, y se alega, en resumen, que si bien la cláusula suelo estaba incorporada en aquella escritura (la del préstamo inicial), sin embargo, no se incorporó posteriormente a la de subrogación y novación de 2008. La entidad bancaria no anexionó copia de la primera en la segunda, ni advirtió a los prestatarios de la existencia de dicha cláusula, por lo que los demandantes no tuvieron oportunidad de conocer su contenido de manera completa al tiempo de celebrar el contrato, y que "la transparencia documental o gramatical exige como presupuesto, que la cláusula suelo figure o esté incorporada en el contrato de préstamo".

CUARTO.- *Decisión de la sala (i). El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Ámbito de aplicación y presupuestos.*

1.- *El carácter profesional de la intervención en los contratos de los demandantes. Inaplicabilidad del estatuto propio de los consumidores.*

Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia han concluido que los demandantes no actuaron en los contratos litigiosos como consumidores. Los recurrentes, entre las alegaciones vertidas con ocasión del primer motivo del recurso, pero con claras consecuencias para la resolución de este segundo motivo, rebaten esa conclusión de las instancias.

2.- Como hemos declarado en las sentencias 533/2019, de 10 de octubre, y 12/2020, de 15 de enero, entre otras, 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, 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, apartado 30 y jurisprudencia citada).

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

Y como ha dicho esta sala en la citada sentencia 533/2019, de 10 de octubre, desde ese punto de vista, en la fecha que se concertó el contrato, era irrelevante que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario.

3.- En el caso, respecto del préstamo con garantía de hipoteca mobiliaria suscrito el 2 de enero de 2004 por los demandantes, no hay duda de que el contrato se inscribía en el ámbito de sus actividades profesionales, pues actuaban "como únicos integrantes de la comunidad de bienes (...) denominada DIRECCION000, CB", en la que participan por partes iguales, y como propietarios de la oficina de farmacia sita en un local de la Avenida de Calvo Sotelo nº 2 de Santander, que habían adquirido previamente por compra como Director/técnico y titulares propietarios por su condición de farmacéuticos colegiados, y la hipoteca se constituía sobre el citado establecimiento de farmacia. Por tanto, respecto de este préstamo y su posterior ampliación y novación suscritas en 2008 queda excluida la posibilidad de aplicar a los demandantes el régimen de protección específico de los consumidores.

4.- En cuanto al préstamo suscrito por los padres de los demandantes el 2 de enero de 2004 y en el que estos se subrogaron, novaron y ampliaron el 3 de septiembre de 2008, los recurrentes no niegan que la finalidad del préstamo esté vinculada a la financiación de su actividad profesional como farmacéuticos, pero consideran que se les debe aplicar el estatuto tuitivo propio de los consumidores por haberse sometido voluntariamente Bancofar al régimen previsto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, lo que, a su juicio, vincula a la entidad prestamista por razón de la doctrina de los actos propios.

Esta tesis no puede prosperar. En primer lugar, porque el ámbito de aplicación subjetivo de la reiterada Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente en el momento de la celebración del contrato, se refiere y extiende a toda persona física que contrate con una entidad de crédito un préstamo que esté garantizado con hipoteca (que debe estar constituida sobre una vivienda no sobre un establecimiento mercantil), con independencia de que el prestatario sea o no consumidor (sentencia 23/2020, de 20 de enero). En segundo lugar, el hecho del que deduce esa supuesta sumisión voluntaria de Bancofar al citado régimen consistiría en que aquella Orden ministerial se cita expresamente en la estipulación novena de la escritura del préstamo concedido en 2004 a los padres de los demandantes. Pero esta estipulación no es en rigor una cláusula contractual, pues está destinada a recoger declaraciones procedentes del notario autorizante, no de las partes, en concepto de "advertencias y reservas legales", y entre ellas las relativas al derecho de la parte prestataria a examinar el proyecto de escritura en el despacho del notario y la existencia de límites a la variabilidad de los intereses ordinarios, previstas en la reiterada Orden. Advertencias y reservas legales que forman parte de la actividad de "autorización" del instrumento público por parte del notario (art. 194 Reglamento Notarial), carentes, por tanto, de la nota de la contractualidad. En consecuencia, si dichas manifestaciones y referencias relativas a la reiterada Orden ministerial no procedían de la entidad prestamista, no puede invocarse respecto de su actuación posterior, en la que se niega la cualidad de consumidores a los demandantes, la doctrina de los actos propios.

5.- La consecuencia de lo anterior es que tampoco respecto del préstamo en que se subrogaron los demandantes puede aplicárseles el estatuto tuitivo propio de los consumidores, pues ese préstamo respondía también a una finalidad profesional.



La exclusión de la cualidad de consumidores en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de transparencia material y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; 230/2019, de 11 de abril, y 391/2020, de 1 de julio, entre otras).

6.- El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación con adherentes profesionales. La cláusula suelo.

A diferencia de los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores, el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente no tenga la condición de consumidor (por todas, sentencia 12/2020, de 15 de enero), control que, en consecuencia, es procedente en este caso en el que la cláusula controvertida tiene el carácter de condición general de contratación.

7.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala).

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo:

"la cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

8.- En el presente caso, la Audiencia afirma apodóticamente que la cláusula supera el control de incorporación sin aportar argumento alguno de refutación de los aducidos por la sentencia de primera instancia para sostener lo contrario. Ésta razonó que no se superaba el control de incorporación porque: (i) no aparece alusión ninguna a la cláusula suelo en la escritura de 3 de septiembre de 2008, (ii) ni se incorpora a ésta como anexo, (iii) ni consta que le fuera entregada a los prestatarios; (iv) tampoco quedó acreditado que se les hubiera informado de la existencia y contenido de la cláusula suelo, pues "todas las conversaciones se habían mantenido con los padres de los demandantes, pero no con estos"; (v) esas omisiones no pueden entenderse suplidas por la mención genérica de "cumplir todas las obligaciones establecidas en la escritura de préstamo".

Por tanto, no consta en este caso ni la inclusión, aún por mera referencia a la escritura del préstamo inicial objeto de la subrogación y novación, de la cláusula suelo que figuraba en ésta, ni su incorporación en un anexo, ni la entrega de una copia de aquella escritura, ni su puesta a disposición a través de cualquier otro medio. Atendiendo a estos hechos probados, la decisión de la Audiencia, desprovista de una motivación concreta de refutación de lo resuelto en primera instancia, no puede entenderse ajustada a la jurisprudencia de esta sala recaída en interpretación de los arts. 5 y 7 LCGC. En consecuencia, este segundo motivo del recurso debe ser estimado.

QUINTO.- Decisión de la sala (ii). Consecuencias de la estimación de la instancia. Desestimación del recurso de apelación de Bancofar y de Bankia y confirmación de la sentencia de primera instancia.

La estimación en parte del recurso de casación conlleva que este Tribunal deba asumir la instancia y, por las mismas razones expuestas para estimar el segundo motivo del recurso de casación, desestimar el recurso de apelación de Bancofar y de Bankia y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto estimó en parte la demanda al apreciar la no incorporación de la cláusula suelo existente en el préstamo hipotecario otorgado a los padres de los demandantes, en cuanto a la relación jurídica surgida entre estos y las entidades financieras en virtud de la subrogación en dicho préstamo, pactada en la escritura suscrita entre estas partes el 3 de septiembre de 2008, si bien con la precisión de que la condena a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula se limitan a las devengadas a partir de la subrogación.



SEXTO. - *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas de los recursos de apelación de Bancofar y Bankia y de los demandantes, que han sido desestimados, no se imponen a ninguna de las partes. Tampoco se imponen las causadas en la primera instancia, al haberse estimado en parte las pretensiones de la demanda.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D.ª Cecilia , D. Obdulio y D. Oscar contra la sentencia n.º 504/2017, de 17 de octubre, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santander, en el recurso de apelación núm. 238/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la revocación de la sentencia n.º 13/2017, de 23 de enero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santander, en el procedimiento ordinario n.º 86/2016, que confirmamos en cuanto a la declaración de nulidad, por no incorporación, de la cláusula suelo al contrato del préstamo hipotecario en que se subrogaron los demandantes, y a la condena a la devolución de las cantidades cobradas a los demandantes por su aplicación.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Tampoco se imponen las costas de los recursos de apelación ni las causadas en la primera instancia.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.