

# Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª 11/04/2019

Tribunal Supremo Sala 1ª, 11-04-2019 , nº 3649/2016, rec.230/2019,

Procedimiento: Recurso de casación

Pte: Vela Torres, Pedro José

ECLI: ES:TS:2019:1226

## ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora Dª Nikole Calvo Gómez, en nombre y representación de Dª Camila , interpuso demanda de juicio ordinario contra Kutxabank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se establezca:

"1º) La nulidad del contrato de préstamo hipotecario de fecha 23 de enero de 2007 N° 322, realizado en la Notaría de Vitoria de Fernando Ramos Alacazar con la entidad CAJA VITAL, actualmente integrada y formando parte de la entidad KUTXABANK.

"2º) La devolución a la parte demandante de la Vivienda del piso NUM000 NUM001 , en CALLE000 de Zumárraga NUM002 , objeto del citado préstamo y el Local destinado a usos comerciales del número dos de la planta baja, situado en calle Florida con dos portales de acceso señalados con los números 56 y 58, objeto también del citado préstamo.

"3º) La obligación de la devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades indebidamente cobradas, siendo nula la cantidad resultante como pendiente, tras el procedimiento de ejecución presentado por la entidad bancaria.

"4º) La obligación por parte de la entidad demandada de proceder a realizar un nuevo cálculo de la deuda, retrotraído al momento anterior a la presentación de la demanda de ejecución, al objeto de proceder a la devolución por parte de mi mandante de las cantidades que adeudase en dicho momento, sin aplicación de las cláusulas del contrato nulo".

2.- La demanda fue presentada el 29 de diciembre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz, se registró con el núm. 1298/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jesús Mª de las Heras Miguel, en representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia n.º 83/2016, de 29 de marzo de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda formulada por Camila contra Kutxabank S.A.

Con imposición de costas a la parte actora. Se tendrá en cuenta la concesión de justicia gratuita."

Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D<sup>a</sup> Camila .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 326/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 1 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

" 1.- ESTIMAR en parte el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> NIKOLE CALVO GÓMEZ, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Camila , frente a sentencia de 29 de marzo de 2016 , dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 1298/2015 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz.

"2.- REVOCAR la mencionada sentencia, y en su lugar estimar en parte la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> NIKOLE CALVO GÓMEZ, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Camila , frente a KUTXABANK S.A., y en consecuencia:

2.1 Declarar la nulidad de la cláusula 14<sup>a</sup> del contrato de 23 de enero de 2007 suscrito entre ambas partes, que dispone la fianza de D<sup>a</sup> Milagros .

2.2 Declarar la nulidad de la cláusula 6<sup>a</sup> del citado contrato, que dispone interés de demora, condenando a KUTXABANK S.A. a que reintegre a D<sup>a</sup> Camila el importe que por este concepto hubiera podido percibir.

2.3 Declarar la nulidad de la cláusula 6<sup>a</sup> bis de la mencionada escritura, relativa al vencimiento anticipado.

2.4 Declarar la nulidad de la cláusula 5<sup>a</sup> del contrato, sobre gastos.

2.5 Desestimar lo demás que se solicitaba.

2.6 No hacer condena en costas.

"3.- NO HACER CONDENA al pago de las costas del recurso apelación".

Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Jesús M<sup>a</sup> de las Heras Miguel, en representación de KUTXABANK S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Al amparo del artículo 477.2.3<sup>o</sup> de la LEC , por infracción de los artículos 1.2 y 1.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , y el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la jurisprudencia que los interpreta".

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 personada únicamente la parte recurrente, por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 1 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Alava -Sección 1.ª- en el rollo de apelación nº 326/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1298/2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vitoria

2.º) Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la votación y fallo del recurso interpuesto".

3.- Por providencia de 4 de marzo de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 4 de abril de 2019, en que ha tenido lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### Resumen de antecedentes

1.- El 23 de enero de 2007, Dña. Camila , como prestataria, suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Kutxabank, como prestamista, por importe de 40.000 €.

En garantía de la devolución del préstamo, la prestataria hipotecó su vivienda y un local comercial de su propiedad. Además, intervino como fiadora solidaria su hermana, Dña. Milagros .

2.- Dña. Camila es traductora y durante algún tiempo ha tenido arrendados diversos inmuebles de su propiedad.

El préstamo concedido iba a servir para financiar el montaje de un negocio de hostelería (una taberna).

3.- El préstamo resultó impagado, por lo que la entidad prestamista instó la ejecución judicial de las fincas hipotecadas.

4.- Dña. Camila presentó una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y del procedimiento de ejecución hipotecaria. El fundamento de la pretensión era la abusividad de determinadas cláusulas del contrato, en concreto: la renuncia de la fiadora a los beneficios de orden, división y exclusión; el pacto de liquidez; el interés de demora (17,5% anual); el vencimiento anticipado; y la cláusula de gastos.

5.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que el contrato era de carácter empresarial y la demandante carecía de la cualidad legal de consumidora.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y declaró la nulidad de las cláusulas relativas a la fianza, el interés moratorio, el vencimiento anticipado y el pago de los gastos. Desestimó la demanda en el resto de sus pretensiones.

En lo que ahora importa, la Audiencia Provincial consideró que la Sra. Camila tenía la condición legal de consumidora, porque como su actividad profesional era la de traductora, la obtención del préstamo con una finalidad diferente a ese ejercicio profesional hizo que no perdiera su carácter de consumo. Así como que no consta que la demandante hubiera obtenido las licencias administrativas para ejercer en el ámbito de la hostelería, que estuviera dada de alta en la licencia fiscal o que se hubiera constituido como comerciante en los términos del art. 1 CCom .

Recurso de casación. Planteamiento

1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , en su modalidad de interés casacional por contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se basa en un único motivo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1.2 y 1.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU) y el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

Cita como infringidas las sentencias de esta sala de 3 de junio de 2016 , 18 de junio de 2012 y 30 de abril de 2015 .

2.- En el desarrollo del motivo aduce la parte recurrente, resumidamente, que, si la finalidad del préstamo, según la propia Audiencia Provincial, era la instalación de un negocio de bar, no puede considerarse que fuera una operación de consumo, con independencia de que la prestataria tuviera, además, otra actividad profesional.

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 TRLGCU, "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 TRLGCU, 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 TRLGCU 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 TRLGCU 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 dijimos en la sentencia 356/2018, de 13 de junio , el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLGCU, 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.- La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems ), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece 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".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevicv. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"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 por dicho Reglamento 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).

"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 , EU:C:1997:337 , apartado 17)".

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 en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo ; 166/2014, de 7 de abril ; 688/2015, de 15 de diciembre ; 367/2016, de 3 de junio ; 16/2017, de 16 de enero ; 224/2017, de 5 de abril ; 594/2017, de 7 de noviembre ; y 356/2018, de 13 de junio .

5.- Si aplicamos estos criterios a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, la valoración jurídica debe ser necesariamente diferente. Aunque la Sra. Camila se dedicara preferentemente a su actividad profesional como traductora, resulta claro que el préstamo no se solicitó para satisfacer sus necesidades de consumo privado, sino para el ejercicio de una actividad profesional, aunque fuera para el futuro.

En consecuencia, el préstamo litigioso no fue una operación acogida a la legislación de consumidores, sino un negocio jurídico de carácter profesional y empresarial.

Cualidad legal de comerciante o empresario

1.- La sentencia recurrida, además de considerar que la operación de préstamo se concertó en un marco ajeno a la actividad profesional de la demandada, que era la de traductora, aprecia que tampoco puede considerarse actividad empresarial, porque la Sra. Camila no tenía la cualidad legal de comerciante, conforme al art. 1 CCom . Y razona para ello que no tenía licencia fiscal o administrativa que amparase el ejercicio empresarial.

2.- En primer lugar, ya hemos dicho que, a estos efectos, dicha circunstancia es irrelevante, dado que una misma persona puede ser considerada consumidora respecto de ciertas operaciones y operadora económica respecto de otras.

Y, en segundo lugar, en nuestro Derecho, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos. Al contrario, del art. 1 CCom se infiere que basta con el cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad; a los que la jurisprudencia, desde la conocida sentencia de esta sala de 25 de marzo de 1922 , ha añadido el de actuar en nombre propio ( sentencia 353/1989, de 27 de abril , y las que en ella se citan). Como estableció la sentencia 314/1987, de 22 de mayo , "el rol de comerciante [viene delimitado] por el dato puramente objetivo del ejercicio de actos de comercio". Y es claro que la explotación de una taberna o bar supone un acto empresarial.

Es decir, la calificación de una persona como empresario individual no se basa en un dato o requisito formal, sino en la realidad efectiva de los tres requisitos jurídico-materiales antes expuestos.

Que la prestataria tenga la profesión de traductora no impide que, simultáneamente, se dedique a una actividad empresarial, como es la explotación de un negocio de bar. Máxime cuando dicha simultaneidad no constituye prohibición o impedimento para el ejercicio del comercio, conforme a los arts. 13 y 14 CCom .

3.- Como consecuencia de todo lo cual, el recurso de casación debe ser estimado y, al asumir la instancia, debemos resolver el recurso de apelación formulado por la demandante.

## Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación

1.- La exclusión de la cualidad de consumidora en la demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda, 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 ; y 414/2018, de 3 de julio ; entre otras).

2.- En consecuencia, el recurso de apelación debe ser desestimado.

## Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él generadas, conforme previene el art. 398.2 LEC .

2.- Dicha estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse sus costas a la parte apelante, a tenor del art. 398.1 LEC .

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso de apelación, de conformidad con 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 Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 266/2016, de 1 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª), en el recurso de apelación núm. 326/2016 , que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dña. Camila contra la sentencia núm. 83/2016, de 29 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria , en el juicio ordinario núm. 1298/2015, que confirmamos.

3.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

4.º- Condenar a Dña. Camila al pago de las costas del recurso de apelación.

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

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.