



Roj: **STS 23/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:23**

Id Cendoj: **28079110012020100011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2020**

Nº de Recurso: **1528/2017**

Nº de Resolución: **12/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 807/2017,**
STS 23/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 12/2020

Fecha de sentencia: 15/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1528/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/12/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE OVIEDO SECCION N. 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ISC

Nota:

CASACIÓN núm.: 1528/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 12/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 94, de 6 de marzo de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 797/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo, sobre cláusula suelo.

Es parte recurrente Caja Rural de Asturias S.C.C., representada por la procuradora D.ª María de los Ángeles Pérez-Peña del Llano y bajo la dirección letrada de D. Borja Castiella López-Aróstegui.

Es parte recurrida D. Pedro Francisco y D.ª Carmela, representada por el procurador D.ª Mercedes Márquez Cabal y bajo la dirección letrada de D.ª Beatriz de Luis García.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Mercedes Márquez Cabal, en nombre y representación de D. Pedro Francisco y D.ª Carmela, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Asturias, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que con estimación de la presente demanda se declare:

"1.- La nulidad o anulabilidad de la estipulación relativa al tipo de interés mínimo y máximo que se viene aplicando al contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable firmado ante el Notario de Oviedo Don Luis Ignacio Fernández Posada García bajo su número de protocolo 2484, y que dice textualmente:

""4º Límites a la variación de tipos de interés. En todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15% por ciento (sic) ni inferior al 3,00% por ciento (sic)"

"2.- Se declare que el interés nominal anual variable de referencia aplicable es el Euribor incrementado en 1,00 puntos durante toda la vida del préstamo y, en tal sentido, se condene a recalcular de forma efectiva, excluyendo la cláusula suelo y techo, el cuadro de amortización de los préstamos hipotecarios.

"3.- Se condene a Caja Rural de Asturias a estar y pasar por aquellas declaraciones y, en consecuencia, a la devolución de las cantidades que se hubieren cobrado en virtud de la condición declarada nula, restituyendo a mis representados en la cantidad estimada de 7.715,73 € hasta octubre de 2015, con más los intereses legales devengados desde el cargo en cuenta de las diferentes cuotas indebidas, cantidad a la que habrá que añadir las que se devenguen a lo largo del procedimiento. Subsidiariamente, y para el supuesto de no estimarse la restitución, se condene a Caja Rural de Asturias al recálculo del cuadro de amortización descontando del capital de los préstamos las cantidades abonadas de más por mis representados en sus respectivos vencimientos, y añadiéndole los intereses legales desde cada una de las amortizaciones.

"5.- (sic) Y todo ello con imposición de costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 29 de octubre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo, fue registrada con el n.º 797/2015.

Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María de los Ángeles Pérez-Peña del Llano, en representación de Caja Rural de Asturias S.C.C., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo dictó sentencia n.º 70/2016, de 1 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por D. Pedro Francisco y D.ª Carmela, ambos representados por la Procuradora Sra. Márquez, contra la entidad Caja Rural de Asturias, representada por la Procuradora Sra. Pérez-Peña, absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la demanda.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pedro Francisco y D.ª Carmela. La representación de Caja Rural de Asturias se opuso al recurso.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 384/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 94, de 6 de marzo de 2017, cuyo fallo dispone:

"Se estima el recurso de apelación interpuesto por D.^a Carmela y D. Pedro Francisco, contra la sentencia dictada el uno de abril de dos mil dieciséis, por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Oviedo en el Juicio Ordinario n.º 797/2015. Se revoca la sentencia apelada.

"Se estima la demanda presentada por D. Pedro Francisco y D.^a Carmela, contra Caja Rural de Asturias S.C.C. y en consecuencia se declara la nulidad de la cláusula financiera tres bis apartado 4º, la cual queda expulsada del contrato. Se condena a la demandada a estar y a pasar por esta declaración, debiendo, a partir de esta sentencia y hasta la finalización del contrato, calcular el interés anual variable pactado al tipo referencial convenido más un 1%.

"Se condena a la demandada a abonar a los actores la suma de siete mil setecientos quince euros con setenta y tres céntimos de euros (7.715,73 €), cuantía que ha cobrado de más hasta octubre de 2015, suma que devengará el interés legal del dinero desde el momento en el que se percibió indebidamente - esto es cuota a cuota - y que pasará a ser el del artículo 576 de la LEC a partir de esta sentencia. Se condena a la demandada a restituir las cantidades indebidamente percibidas desde octubre de 2015 hasta que la deje de aplicar, debiendo limitar el interés variable a aplicar al pactado de euribor más un 1%. Las cantidades indebidamente cobradas devengarán el interés legal desde que se percibieron. Interés que pasará a ser el del artículo 576 de la LEC a partir de esta sentencia hasta su pago.

"Se condena a la demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer especial imposición de las del recurso".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a María Ángeles Pérez-Peña Del Llano, en representación de Caja Rural de Asturias S.C.C., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Infracción por parte de la sentencia n.º 94 de 6 de marzo del artículo 5 y 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación porque a pesar de entender que la redacción de la cláusula suelo-techo es fácilmente comprensible, y apreciar advertencia sobre su presencia en el contrato de préstamo, entiende que no se supera el control de incorporación. El presente motivo se interpone por razón de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo sentada en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, la sentencia núm. 222/2015, de 29 de abril, y la sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio (artículo 477.3 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 29 de mayo de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D. Pedro Francisco y D.^a Carmela se opusieron al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- El 11 de octubre de 2007, D. Pedro Francisco y D.^a Carmela, como prestatarios, suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Caja Rural de Asturias, S.C.C., por importe de 170.000 euros (96.300 euros con garantía hipotecaria y el resto con garantía personal) con cláusula de intereses variables (cláusula tercera bis), en la que se incluyó un pacto adicional de limitación a la variación del tipo de interés (cláusula suelo) del siguiente tenor:

"Límites a la variación de tipos de interés. En todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15% por ciento ni inferior al 3,00% por ciento".

2.- Los Sres. Pedro Francisco y Carmela interpusieron una demanda contra la entidad Caja Rural de Asturias, S.C.C., interesando la declaración de nulidad de la reseñada cláusula de limitación a la variación del tipo de interés y, por otro lado, un pronunciamiento de condena a la demandada a restituir las cantidades que el actor hubiera abonado indebidamente en aplicación de la misma, más los correspondientes intereses legales.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que, tratándose de un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una licencia de taxi, los demandantes no tenían la condición de consumidores en el citado negocio jurídico y, en consecuencia no les correspondía el régimen tuitivo propio de los consumidores, por lo que la hipotética nulidad de la cláusula litigiosa sólo podía ser examinada desde el prisma de las reglas generales de la contratación y, dado que se trata de una condición general de la contratación, las específicas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Concluía que, a la vista del contenido de la cláusula, su redacción cumplía rigurosamente los requisitos de sencillez, claridad y concreción exigidos por la citada ley, y que su ubicación dentro del documento era exactamente la que le correspondía, pues se insertaba en el apartado dedicado a la determinación del tipo de interés variable.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Pedro Francisco y Carmela, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al considerar que, si bien los demandantes no tienen en el contrato debatido la condición de consumidores, ello no impide examinar la cláusula debatida, como condición general de la contratación, desde la perspectiva del control de inclusión (incorporación), concluyendo que la reiterada cláusula, a pesar de ser fácilmente comprensible, no supera dicho control, conclusión que justifica en el hecho de dicha cláusula "aparece recogida dentro de un conjunto de apartados de la cláusula financiera tres bis, en la que se prevé el tipo de interés variable, cómo se fija el tipo referencial, el euribor y posible referencial sustitutivo. En fin, se incluye en la página 13 del contrato enmascarada en un conjunto de cláusulas diversas"; a lo que añade que la cláusula se presenta como una más del contrato, con la misma tipología de letra que el resto y con la misma estructura en su redacción, por lo que, salvo advertencia expresa, pasa fácilmente desapercibida.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso de casación. Único motivo. Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. El control de transparencia sólo procede en contratos con consumidores.*

1.- Planteamiento.

En el único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 477.1 LEC, se denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 b) LCGC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (SSTS 241/2013, 138/2015, 222/2015 Y 367/2016).

En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida al declarar la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de incorporación vulnera los preceptos y la jurisprudencia citada conforme a los cuales en los contratos entre empresarios, como en el caso de la litis, el control de incorporación se refiere exclusivamente a la transparencia documental o gramatical, considerando que la sentencia objeto de recurso exige requisitos que exceden de los propios de ese control de incorporación, pues la transparencia gramatical se cumple al ser fácilmente comprensible la cláusula.

2.- Admisibilidad.

Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alega que era inadmisibile, porque se basa en la cita de preceptos heterogéneos e incurre, a su juicio, en falta de claridad expositiva, causándole indefensión al impedirle conocer las razones por las que la sentencia supuestamente infringe los preceptos citados.

Tales objeciones no pueden ser atendidas. En el motivo de casación se citan las concretas normas sustantivas que se consideran infringidas (el acierto de dicha alegación no condiciona la admisibilidad, sino la estimación). En concreto los preceptos cuya vulneración por la sentencia recurrida se denuncia son los arts. 5 y 7 LCGC, que lejos de tener carácter heterogéneo entre sí están estrechamente vinculados, como se verá *infra*. Las razones que, a juicio de la demandada, justifican dicha supuesta infracción quedan también claramente expuestas en el recurso interpuesto, consistiendo, en síntesis, en la idea de que la Audiencia Provincial en su resolución exige requisitos que exceden de los propios del control de incorporación de la cláusula debatida, que considera fácilmente comprensible.

TERCERO.- Decisión de la sala.

1.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.- La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.
- b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

3.- En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

4.- Pues bien, 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 ser gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado "Tipo de interés variable", en un apartado propio titulado "Límites a la variación del tipo de interés". Así lo reconoce la propia sentencia recurrida al afirmar que "Es cierto que la redacción de la cláusula en sí misma es fácilmente comprensible". En ella se dice "Límites a la variación de tipos de interés. En todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15% por ciento ni inferior al 3,00% por ciento". Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC.

La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Como hemos declarado en otras ocasiones "la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida" (sentencias 688/2015, de 15 de diciembre, 402/2017, de 27 de junio, y 322/2018, de 30 de mayo). Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar

confusión en el adherente. Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

5.- Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre un conjunto de cláusulas diversas, lo que dificultaría su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, o a la falta de información previa, o a la insuficiencia de las advertencias notariales por no incorporar a la escritura la oferta vinculante, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Esto es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.

Como ha afirmado reiteradamente esta sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Pero, como igualmente hemos dicho de forma reiterada, el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor.

6.- En efecto, el ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las 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; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores (SSTs 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio, 209/2019, de 5 de abril y 433/2019, de 17 de julio).

Constituye, en este sentido, un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTs 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo, las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), vienen entendiendo que:

"[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya

trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

7.- Pero, como ya se ha dicho, la aplicación de este control de transparencia material está vedado en la contratación entre empresarios. En este caso, la sentencia recurrida parte del hecho de que el préstamo objeto del litigio se otorgó exclusivamente para financiar la adquisición de una licencia municipal de taxi (estipulación 1.ª de la escritura), por lo que, según se afirma en la misma sentencia, tal circunstancia "excluye la consideración de consumidor de los demandantes". Conclusión que comparte esta Sala por ser conforme con su doctrina jurisprudencial reiterada sobre esta materia, fijada de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (vid. art. 4 bis LOPJ).

Como hemos declarado en las sentencias 230/2019, de 11 de abril y 533/2019, de 10 de octubre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente 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.

8.- La exclusión de la cualidad de consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia material, 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; y 230/2019, de 11 de abril, entre otras).

9.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado.

CUARTO.- *Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia. Estimación del recurso de apelación y desestimación de la demanda*

La estimación del recurso de casación conlleva que este Tribunal deba asumir la instancia, y por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, desestimar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto, por un lado, no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor y, por otro lado, la cláusula sometida a examen supera el control de incorporación.

QUINTO.- *Costas y depósitos*

1.- Al haberse estimado el recurso de casación no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación implica la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Francisco y D.ª Carmela, por lo que deben imponérsele las costas causadas por el mismo, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC (sentencia del Pleno de la Sala 419/2017, de 4 de julio).



3.- La desestimación íntegra de demanda conlleva la imposición de las costas a la parte demandante (art. 394.1 LEC).

4.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación de la demandante, 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

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Caja Rural de Asturias, S.C.C. contra la sentencia n.º 94, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación n.º 384/2016, que casamos y anulamos.

2º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Francisco y D.ª Carmela contra la sentencia n.º. 70/2016, de 1 de abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo, en juicio ordinario n.º 797/2015, que confirmamos.

3.º- No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

4º.- Imponer a D. Pedro Francisco y D.ª Carmela las costas de la primera instancia y de la apelación.

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

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.