



Roj: **SAP LO 264/2016 - ECLI: ES:APLO:2016:264**

Id Cendoj: **26089370012016100263**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2016**

Nº de Recurso: **23/2015**

Nº de Resolución: **161/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **BEATRIZ SAENZ DE JUBERA HIGUERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00161/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

N10250 VICTOR PRADERA 2

Tfno.: 941296484/486/487 Fax: 941296488

MRN N.I.G. 26089 42 1 2014 0003348

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000023 /2015 -L

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000346 /2014

Recurrente: JOKER LARDERO, S.L.

Procurador: MARIA TERESA FABRA NEGUERUELA

Abogado: CARLOS RUIZ MARIN

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Nº 161 DE 2016

Ilmos./Ilmas. Sres/Sras. Magistrados:

D. ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ

Dª MARÍA DEL CARMEN ARAUJO GARCÍA

D. RICARDO MORENO GARCÍA

Dª MARÍA DEL PUY ARAMENDÍA OJER

Dª BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

En Logroño, a quince de julio de dos mil dieciséis

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de JUICIO ORDINARIO nº 346/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 23/2015; habiendo sido Magistrado Ponente la Ilma Sra. Magistrada Dª BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 14 de octubre de 2014, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño, en cuyo fallo se establecía: *"DESESTIMAR LA DEMANDA interpuesta por JOKER LARDERO, S.L. frente a BANKIA, S.A. absolviendo a la misma de los pedimentos realizados en su contra.*

Sin imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación JOKER LARDERO, S.L., se presentó escrito interponiendo recurso de apelación ante el Juzgado contra la sentencia dictada en la instancia. Admitido éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, si bien la deliberación, votación y fallo del recurso estaba prevista para el día 17 de marzo de 2016, por razones de organización y distribución del trabajo de este Tribunal y de la Magistrado Ponente, dicha deliberación tuvo finalmente lugar el 28 de abril de 2016 y ante la complejidad de la materia y diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto posteriores, se ha procedido asimismo a realizar deliberaciones posteriores del asunto hasta concretar el parecer de la Sala en Pleno que se refleja en la presente sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de octubre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño dictó una sentencia por la que desestimó la demanda, en la que se instaba la nulidad de una cláusula suelo incluida en el clausulado de un préstamo hipotecario y la devolución de cantidades como consecuencia de esa nulidad, presentada por "Joker Lardero S.L." contra "Bankia S.A.", declarada en rebeldía, sin que hubiera presentado en plazo contestación a la demanda ni compareciera en el acto de la vista, habiendo pasado los autos para resolución judicial desde ese momento procesal ya que la única prueba propuesta fue prueba documental. La sentencia de instancia, entre sus argumentos, determina que nos encontramos ante una condición general de la contratación, que la demandante no actuó en el préstamo hipotecario objeto de autos en calidad de consumidor y, tras analizar los controles que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo deben aplicarse en estos casos a la cláusula suelo objeto de controversia para determinar si es o no abusiva, se centra en un control de incorporación que entiende es superado en este caso dado que la cláusula no reviste especial complejidad en la redacción y aparece oportunamente resaltada para su conocimiento, al margen de que no se ha acreditado error ni defectos de información; determinado que se ha superado el control de incorporación y que al no ser consumidor no procede atender al control de transparencia previsto ya en la STS de 9 de mayo de 2013, atiende el Juez "a quo" a una posible vulneración de las normas generales de la contratación, concluyendo en este caso que no concurren las vulneraciones invocadas por la parte demandante de la buena fe, ni existe desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes ni se aprecia, por falta de prueba, vicio de consentimiento.

Contra esta sentencia la representación procesal de la demandante presentó recurso de apelación interesando su revocación y la estimación íntegra de la demanda por entender que existió error en la valoración de la prueba, que quedó claro que la cláusula suelo controvertida es una condición general no negociada y que es abusiva, que la parte demandante no tiene conocimientos financieros más allá de los de cualquier ciudadano que contrata con el banco de su confianza un préstamo y que en cuanto esta última afirmación no se concretó como hecho controvertido en momento procesal oportuno ni se ha desvirtuado de contrario, debe tenerse por cierta y por ello la fundamentación de la sentencia recurrida contradiciendo tal hecho y presumiendo que como profesional medio hubiera podido conocer la existencia y evaluar las consecuencias de la cláusula implica una incongruencia y es contraria a Derecho.

Por la representación procesal de la demandada se ha presentado escrito oponiéndose al recurso de apelación alegando en primer lugar que no siendo la demandante consumidor la demanda debía desestimarse por cuanto no procede ningún control de abusividad; alude a la STS de 9 de mayo de 2013 en cuanto a que nada específica sobre la aplicación de control de transparencia en el caso de contratos con no consumidores, y que en estos casos la falta de buena fe o de información, el conocimiento, engaño o cualquier obstáculo a la correcta contratación debe ser oportunamente probado. Atendiendo al fondo de este asunto concreto, advierte que no es una condición general de contratación sino que fue una cláusula negociada e incluida de común acuerdo entre las partes, y una cláusula de la que había sido oportunamente informada la demandante; señala asimismo que no puede considerarse nula por vicio (error) en el consentimiento prestado por la demandante, pues no se



fundamenta ni prueba su concurrencia en el presente caso; alega que tampoco procede declarar la nulidad de la cláusula con base en la arbitrariedad a que se refiere el art. 1256 CC y, por último, que no se ha vulnerado con esta cláusula la buena fe ni se han provocado desequilibrios entre las partes.

SEGUNDO.- En primer lugar procede concretar ante qué tipo de cláusula nos encontramos: una condición general de la contratación como afirma el apelante o una cláusula negociada individualmente como afirma la apelada.

Como bien señala el Juez "a quo" nos encontramos en este caso ante una condición general de la contratación.

Concretamente la cláusula cuya nulidad se solicita se incluye en el contrato de préstamo de 13 de mayo de 2008 (folio 47 de las actuaciones) dentro de la cláusula tercera bis "Tipo de interés variable", como apartado 1.4 rubricado "Instrumento de cobertura de riesgo de tipo de interés (tipo máximo y mínimo)", y tiene el siguiente tenor literal: *"En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo decimonoveno del Real Decreto 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica la PRESTAMISTA dispone de un sistema de cobertura del riesgo de incremento de tipo de interés consistente en el establecimiento de límites de variabilidad; estando interesados los PRESTATARIOS en acogerse a dicho sistema de cobertura. Se fija, de común acuerdo, el tipo de interés máximo del DOCE POR CIENTO (12,00 %) nominal anual y el tipo de interés mínimo en el TRES POR CIENTO (3,00%) nominal anual, por lo que el tipo de interés resultante de la aplicación de las normas anteriores, no será en ningún caso superior ni inferior a los límites señalados. El presente sistema e cobertura no conlleva gastos a cargo de los PRESTATARIOS"*.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) indica: *"Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*.

Ya la STS de 9 de mayo de 2013 advirtió en su apartado 137 de cuáles eran las notas que definían las condiciones generales de la contratación (notas que cabe predicar de las cláusulas con independencia de quien sea el sujeto contratante, consumidor o no):

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Ahora bien, como advierte en el apartado 149, "la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Concluyendo además el TS en la referida sentencia (apartado 144) que:

- "a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial."

En el presente caso todas estas notas típicas referidas que definen la condición general de la contratación concurren en la cláusula suelo controvertida, de modo que debe calificarse como tal.



Es la característica de la imposición lo que discute la parte apelada, alegando que se trató de una cláusula negociada individualmente. Pero no cabe admitir tal consideración.

Como se señala en el apartado 147 de esta STS de 9 de mayo de 2013, el artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor " *se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor [a estos efectos debe entenderse como adherente, sea consumidor o no] no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión* ".

Por su parte, como apunta la STS núm. 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual; una cosa es conocer la inclusión de la cláusula suelo y otra distinta es haberla podido negociar individualmente; conocimiento no supone facultad de negociación individual.

Y resulta clarificador cómo la STS de 9 de mayo de 2013, en sus apartados 156 y 157, advierte que " *es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-. Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados* ".

A este respecto, en el ámbito de la carga de la prueba debe tenerse en cuenta que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE " *el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba* ". Y en este caso, nada se ha probado por la parte demandada apelada. En este caso, por otro lado, la argumentación de la demandada apelada a este respecto es tan sólo que la propia demandante afirma en su escrito de demanda que se firmó el contrato tras las negociaciones previas con la entidad y que respecto a esa cláusula un empleado de la entidad les dijo que era una cláusula que se incluía en todos los contratos; esto no es suficiente para poder estimar que esa cláusula suelo fue negociada individualmente; como hemos indicado, no se trata simplemente de que conocieran su existencia y de que con anterioridad a la firma hubiera actuaciones y negociaciones generales con el banco de cara a celebrar el préstamo (negociaciones que no se afirma ni acredita que recayeran concretamente en la cláusula suelo controvertida); en este caso cabe concluir que se trató de una cláusula predispuesta y no se negoció individualmente. Es más, cabe tener en cuenta cómo en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid de 7 de abril de 2016, en la que se resolvía sobre la nulidad de cláusulas suelo de varias entidades bancarias, se resolvió precisamente sobre una cláusula idéntica (salvo en los tipos de interés concretos que se preveían en ese caso: un techo del 18 % y un suelo del 3,5 %) a la que aquí se discute y respecto de la misma entidad bancaria (Caja Rioja, ahora Bankia), afirmándose su carácter de condición general de la contratación: tal circunstancia lleva a advertir que era una cláusula tipo, incluida en todos los contratos de préstamo que realizaba esa entidad, y que no se negociaba individualmente; tampoco en el caso que ahora nos ocupa.

El hecho de predisponer una cláusula si la contraparte no puede influir en su supresión o en su contenido, debe entenderse como que tal cláusula se le ha impuesto, de modo que lo único que puede hacer es adherirse y contratar con esa cláusula incluida o renunciar a contratar.

Por tanto, en definitiva, debe afirmarse la naturaleza de condición general de la contratación de la cláusula suelo objeto de la presente controversia, por la naturaleza no negociada típica de estos contratos de préstamo y de estas cláusulas suelo en general y por la falta de acreditación del carácter negociado de la cláusula controvertida en este caso en particular.

TERCERO. - Procede ahora concretar la condición de la parte adherente al contrato de préstamo hipotecario en que se inserta la cláusula litigiosa: consumidor o no consumidor empresario-profesional actuante en el ámbito de su actividad profesional o mercantil habitual.

En el art. 3 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por el RDLegtvo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLCU) se considera consumidor a aquellas personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. En consecuencia, un empresario o autónomo podría ser considerado consumidor a estos efectos si en la contratación del préstamo en que se incluye la cláusula cuya nulidad solicita actuó al margen de su actividad mercantil o profesional. Paralelamente, como concepto de empresario, en el art. 4 TRLCU se señala a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su



nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

En similar sentido, y dentro de la vorágine de resoluciones que sobre esta materia se han ido sucediendo en los últimos años, tanto por parte de juzgados y audiencias provinciales, como por el TS y el TJUE, cabe destacar cómo en materia de contratos con no consumidores o profesionales el TJUE en su sentencia de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) advirtió que un abogado (u otro profesional) puede considerarse consumidor a los efectos de protección por el Derecho comunitario cuando celebra un contrato de adhesión y ese contrato no está vinculado al ámbito de su actividad profesional. Vemos pues, como se ha ampliado también el ámbito de protección de los contratantes adherentes.

Ahora bien, en el presente caso, consta acreditado por la escritura de préstamo hipotecario (obranste a los folios 38 y siguientes de las actuaciones) que la demandante adherente es una sociedad limitada que suscribió un préstamo hipotecario destinado a financiar la construcción de una nave industrial en la parcela hipotecada de su propiedad. Atendidas estas circunstancias no cabe sino calificar a la demandante apelante como no consumidor, pues cabe entender que el contrato de préstamo se encuentra vinculado a la actividad de la demandante que desarrollará en la nave que se está construyendo.

Tal circunstancia no obsta a que se mantenga la calificación de la cláusula controvertida como condición general de la contratación. Así, la STS de 9 de mayo de 2013 , en su apartado 138, indica que, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) *Que el adherente sea un profesional o un consumidor* . Sobre este último aspecto cabe destacar lo que señala la Exposición de Motivos de la LCGC en el preámbulo: "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de *cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual* ", y que " *las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores* " .

Esta última consideración lleva a hacer especial hincapié en la necesaria protección del adherente frente a las condiciones generales de la contratación, con independencia de la cualidad de consumidor o no consumidor de ese adherente.

CUARTO.- Determinada la existencia de una condición general de la contratación controvertida y objeto de petición de nulidad así como la condición de no consumidor del adherente al préstamo, procede analizar los controles que pueden aplicarse a esta cláusula en este caso o las posibles valoraciones a realizar tendentes a una eventual declaración de nulidad de la cláusula suelo litigiosa tal y como se interesa por la demandante apelante.

En primer lugar, cabe advertir que ante la calificación como no consumidor del contratante adherente en este caso, la normativa de referencia aplicable no será el TRLCU sino la LCGC.

En la exposición de motivos de esta LCGC se indica que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, pero " *esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.* " .

Como ha señalado el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , en el apartado 201: " *En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC-"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, y 7 LCGC-"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"* . "

Por tanto, tratándose de un contrato de préstamo celebrado entre empresarios, la cláusula que limita la variabilidad en el tipo de interés ha de cumplir las exigencias legales para su incorporación en los contratos previstas en el art. 5.5º LCGC y el art. 7 LCGC.

En el presente caso, cabe concluir, como también afirma el Juez "a quo", que este control de incorporación, en cuanto a comprensibilidad gramatical o documental, como tal se supera.



Por lo que se refiere al control de transparencia cualificado como control de comprensibilidad real del contenido y de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (control acuñado por la STS de 9 de marzo de 2013 para los supuestos de cláusulas suelo que afectan a consumidores), recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de pleno de la Sala Civil núm. 367/2016, de 3 de junio ha negado que tal control pueda aplicarse a los supuestos de condiciones generales incluidos en contratos con adherentes no consumidores. Afirma que en el ordenamiento español y en el comunitario no se prevé ni hay fundamento legal para que el control de transparencia diferente del mero control de inclusión se extienda a otros casos distintos de aquellos para los que se reserva: los contratos con consumidores; entiende que no previéndose en el ordenamiento español y comunitario legislativamente una protección especial al adherente no consumidor, no corresponde a los tribunales configurarla pues no se trata de una laguna legal sino de una opción legislativa.

En definitiva, concluye que el control de transparencia, en virtud de su aproximación al juicio de abusividad, sólo puede realizarse en el ámbito de los consumidores.

Por ello, en atención a lo indicado por el Tribunal Supremo, Sala civil en Pleno, en esta sentencia de 3 de junio de 2016, no podemos en este caso atender a ese control de transparencia cualificado de comprensibilidad real de las cargas y efectos de esa cláusula litigiosa predisuelta en el contrato.

QUINTO.- Ahora bien, en esta STS de 3 de junio de 2016 esa misma Sala en Pleno advierte en su fundamento jurídico quinto de que " 1.- *Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato). 2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación. "*

En este fundamento se concreta, por tanto, la posibilidad de acudir a lo previsto en el régimen general de la contratación y a la buena fe como principio informador de nuestro ordenamiento en general y del régimen de contratos en particular, para poder considerar nulas aquellas cláusulas que supongan un abuso de la posición contractual dominante y generen un desequilibrio en la posición del adherente al modificar "subrepticamente" aquello que el adherente se representó como que había sido pactado y que deriva de la propia naturaleza y finalidad del contrato; es decir, una cláusula que venga a alterar la legítima expectativa que tenía el adherente sobre lo que contrataba pero que, por razón de esa predisposición, imposición y falta de negociación e información clara al respecto, no pudo representarse ni conocer realmente sus consecuencias y efectos en la relación contractual consentida.

Cierto es que el Tribunal en esa sentencia de 3 de junio de 2016 no terminó considerando que la cláusula en su caso controvertida contrariara la legítima expectativa que según el contrato pudo tener el adherente ni que la actuación de la predisponente vulnerase lo dispuesto en los arts. 1256 y 1258 CC y 57 CCom ; pero no lo consideró así porque en su caso se declaró como probado y hecho no controvertido en casación que hubo negociaciones intensas entre las partes y que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias, teniendo por ello perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad



de la cláusula suelo prevista; de modo que partiendo de esa base fáctica (inexistente en nuestro caso objeto del presente recurso de apelación) no considera acreditado el abuso de posición contractual dominante.

SEXTO.- Procede pues atender a nuestro caso concreto para determinar si cabe considerar que la cláusula aquí controvertida vulnera la buena fe contractual e implica una situación de abuso de posición contractual dominante por la predisponente apelada.

En el presente caso, es notable la diferencia de posición entre la entidad predisponente, como entidad de crédito de importancia en el mercado no sólo de la provincia sino a nivel nacional, y la mercantil adherente (pequeña sociedad limitada que está construyendo una nave industrial para el desarrollo de su actividad).

Asimismo, como hemos advertido ya en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, existió falta de negociación individual en la determinación de la inclusión y contenido de la cláusula ahora litigiosa: fue una cláusula predispuesta e impuesta por la entidad apelada.

Por otro lado, ninguna prueba ha habido de que se informara de forma clara y concreta a la adherente de la existencia y alcance de esa cláusula de limitación de intereses suscrita en un contrato de préstamo que se pretendía fuera a interés variable (y así se lo representó la parte adherente al suscribirlo, ante la falta de información clara en contrario) y no a interés fijo variable al alza como se ha demostrado a posteriori que era, observándose con ello que se ha predisuesto una cláusula por una de las partes exclusivamente a su favor, aprovechando su posición contractual de dominio. Una prueba de información sobre esa cláusula, su existencia y, sobre todo, su alcance, funcionalidad y efectos en esa relación de préstamo concreta suscrita, cuya carga debe recaer en la entidad predisponente, fundamentalmente por facilidad probatoria. Y en este caso no se ha acreditado nada al respecto. Ni siquiera fue objeto de fijación como hecho controvertido en la audiencia previa la falta de conocimientos financieros especiales por el representante de la mercantil prestataria demandante en el momento de la firma del contrato, no pudiéndose presumir sin más esos conocimientos. No hay prueba de la negociación individualizada de la cláusula y, aunque el Notario leyera en su caso la escritura al completo, tampoco pudo llevar ese simple hecho a la demandante a conocer el significado real que como prestataria iba a tener esa cláusula y la posibilidad de un coste más elevado de lo previsto que supondría.

No acreditándose en el presente caso (en el que ni siquiera la entidad demandada contestó a la demanda en plazo ni acudió al acto de la vista para proponer ningún tipo de prueba al respecto) ni la negociación individual de la cláusula litigiosa ni que se aportara a la adherente información precisa y clara sobre la existencia y alcance del contenido de esa cláusula con el fin de lograr la comprensibilidad y conciencia de la adherente de la existencia de tal cláusula y de lo que la misma realmente suponía, cabe entender que nos encontramos ante un supuesto en el que la entidad apelada ha tratado de imponer y predisponer, sin negociación alguna, una cláusula para obtener una ventaja en perjuicio del adherente, causando un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Por ello cabe calificar esta situación de abuso de posición contractual dominante y de vulneración de la buena fe contractual, a la que se alude en la exposición de motivos de la LCGC (en los términos transcritos en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución) y que puede fundamentar, asimismo, una vulneración de lo previsto en los arts. 1255, 1256 y 1258 CC y 57 CCom, contrariando con esa cláusula las legítimas expectativas que, según el contrato suscrito, su naturaleza y la buena fe contractual como principio informador de las negociaciones y contratos, pudo tener la adherente al firmarlo sin la debida información.

Esta calificación determina, con base en lo antedicho, la nulidad de la cláusula litigiosa (art. 8 LCGC), y en consecuencia, atendiendo a la normativa general sobre los contratos y sobre la nulidad a la que nos ha conducido el propio Tribunal Supremo en la ya mencionada sentencia de 3 de junio de 2016 en el marco del control de las condiciones generales de la contratación en contratos de adhesión con no consumidores, procede atender a lo previsto en el art. 1303 CC y, con base en este precepto, debe condenarse a la demandada prestamista a la restitución a la demandante prestataria de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula declarada nula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

SÉPTIMO.- Con base en todo lo antedicho procede la estimación del recurso de apelación presentado y revocar la sentencia recurrida en el sentido de estimar la demanda presentada por "Joker Lardero S.L." contra la entidad "Bankia S.A." y declarar la nulidad de la cláusula 1.4, de la estipulación tercera bis del contrato de préstamo de 13 de mayo de 2008 suscrito entre las partes (cláusula transcrita en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución), condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que tenga por no incorporada al contrato dicha cláusula, que se deja sin efecto. Asimismo se condena a la demandada a la restitución a la prestataria de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de esta cláusula desde el comienzo de la vigencia del contrato.



OCTAVO.- En materia de costas, habida cuenta de la complejidad de la materia y de las controversias jurisprudenciales recientes suscitadas al respecto, no procede la imposición en este caso de las costas de primera instancia a ninguna de las partes conforme a lo previsto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo que se refiere a las costas de esta alzada, dada la estimación del recurso (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no se hace expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación presentado por la representación procesal de "Joker Lardero S.L." contra la sentencia de 14 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño en procedimiento ordinario núm. 346/2014, del que dimana el presente rollo de apelación núm. 23/2015, debiendo revocar y revocando dicha resolución en el sentido de estimar la demanda y:

a) Declarar la nulidad de la cláusula 1.4, de la estipulación tercera bis del contrato de préstamo de 13 de mayo de 2008 suscrito entre las partes (cláusula transcrita en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución), condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que tenga por no incorporada al contrato dicha cláusula, que se deja sin efecto.

b) Condenar a la demandada a la restitución a la prestataria demandante de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de esta cláusula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

c) Sin expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia a ninguna de las partes.

Al estimarse el recurso, procédase a la devolución del depósito constituido, conforme a lo dispuesto en el apartado 8 de la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación y, en su caso, por infracción procesal para ante el Tribunal Supremo, si se cumplieran los requisitos legales, que serían examinados en cada caso por la Sala.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados de esta Audiencia Provincial en Pleno, atendida la complejidad de la materia, de conformidad con lo previsto en el art. 264 LOPJ .

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública el Tribunal en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.