



Roj: **AAP IB 230/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:230A**

Id Cendoj: **07040370032018200102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **10/10/2018**

Nº de Recurso: **439/2018**

Nº de Resolución: **150/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ENCARNACION GONZALEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00150/2018

Modelo: N10300

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

-Tfno.: 971-71-20-94 Fax: 971-22.72.20

Equipo/usuario: MGL

N.I.G. 07040 42 1 2017 0020997

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000439 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 21 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000615 /2017

Recurrente: SERRA LLODRÀ, S.A.

Procurador: ALEJANDRO SILVESTRE BENEDICTO

Abogado: MARIA ANTONIA TOUS MOREY

Recurrido: CAIXABANK,S.A.

Procurador: CATALINA CELESTE SALOM SANTANA

Abogado: RAIMON TAGLIAVINI TAGLIAVINI

AUTO Nº 150/18

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Miguel Álvaro Artola Fernández

MAGISTRADOS:

Don Jaime Gibert Ferragut

Doña María Encarnación González López

En Palma de Mallorca a diez de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 21 de Palma, bajo el número 615/2017 **Rollo de Sala número 439/2018**, entre partes, como demandante-apelante, SERRA LLODRÀ S.A, representada por el



Procurador D. Alejandro Silvestre Benedicto y asistida de la Letrado Dña. María Antonia Tous Morey, y de otra, como demandada-apelada, CAIXABANK S.A, representada por la Procuradora Doña Catalina Salom Santana y asistida del Letrado Don Raimon Tagliavini.

ES PONENTE el Ilma. Sra. Magistrado Dña. María Encarnación González López

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 21 de Palma a se dictó Auto en fecha de 2 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Declaro la falta de jurisdicción de este órgano judicial en el que se ha presentado la pretensión, ya que el asunto SE ENCUENTRA SOMETIDO A **ARBITRAJE**.*

Acuerdo el sobreseimiento y archivo del presente procedimiento.

Condeno en las costas del incidente a la parte actora Serra Llodrà S.A".

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y seguido por sus trámites se señaló para votación y fallo el día 9 de octubre de 2.018.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en el anterior grado jurisdiccional en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La parte actora impugna la resolución por la que se aprecia la falta de jurisdicción del órgano de instancia por haberse sometido el asunto a **arbitraje**.

La parte actora solicitaba en su demanda la declaración de nulidad del contrato de permuta de intereses financieros celebrado entre las partes, con condena a la demandada al abono de 121.069,36 euros; subsidiariamente, instaba la codena de la demandada al abono de esa cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Comparecida en autos, la parte demandada promovió declinatoria por falta de jurisdicción al haberse sometido el asunto a **arbitraje**, lo que fue estimado por el órgano de instancia tras los oportunos trámites.

La cláusula objeto de autos, pese a lo que se razona en la resolución de instancia, aparece recogida entre las condiciones generales del contrato de permuta financiera, concretamente, en la número 18, con el siguiente tenor literal

"Ley aplicable y cláusula compromisoria.

El presente Contrato se interpretará y regirá de acuerdo con la legislación española.

*Para la resolución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este Contrato, las Partes y los Otros Obligados se someterán al **arbitraje** institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el **Arbitraje**, a quien se le encomienda la designación del árbitro o árbitros y la administración del **arbitraje**".*

SEGUNDO.- El examen de los motivos de recurso exige determinar si la parte actora ostenta la condición de consumidor, en la medida en que ello condicionada la normativa a aplicar y el ámbito de control del órgano judicial.

Insiste la parte actora en haber actuado en la celebración del contrato al margen de su actividad empresarial, destinando el préstamo a saldar deudas personales de sus socios.

El artículo 3 del RDL 1/2007 por el que se aprueba el TRLGCU determina que son consumidores a efectos de la norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Sobre lo que deba entenderse por consumidor se pronuncia la STS de 3 de junio de 2016 señalando que lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante, y excluye la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores en un supuesto en que

" el préstamo fue solicitado para financiar un negocio, sin que sea relevante que este negocio formara o no parte de la actividad profesional ordinaria del prestatario. Lo verdaderamente relevante, ..., es el destino de la operación, ajeno al consumo privado".

La más reciente Sentencia de 18 de enero de 2017 señala que

" Decisión de la Sala : 1 .- Ha de advertirse, en primer lugar, que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 8 de marzo de 2007, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre . Por lo que, en todo caso, lo que se habría infringido es el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Los apartados 2 y 3 del citado art. 1 establecían: "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".

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

El art. 3 del TRLGCU ha matizado este concepto, al afirmar que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En particular, el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. A cuyo efecto, resulta de interés la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, que objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. El TJUE concluye en dicha resolución que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo la Directiva 93/13/CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado."

La propia parte actora señala en su demanda que tiene por objeto la actividad inmobiliaria, gestionando el alquiler de los bienes de sus socios. En el contrato de préstamo vinculado al que ahora se cuestiona no se especifica el destino de la cantidad que se entrega. Ese destino tampoco se desprende sin más del balance de la entidad actora que se incorporó a las actuaciones, por cuanto no coincide la cantidad que en él se refleja con la que fue objeto de préstamo, ni se explica que habiéndose celebrado el contrato de préstamo el 30 de abril de 2008, no se reflejara la pretendida entrega a los socios hasta el ejercicio 2010. En cualquier caso, dada la actividad que la actora reconoce tener por objeto, no puede entenderse que los socios se hallen desvinculados de ella.

TERCERO.- La cláusula, debe, en consecuencia, analizarse partiendo de que la actora no actuaba en condición de consumidora.

No existe duda de que la cláusula se inserta entre las condiciones generales del contrato presentando los elementos que, partiendo del artículo 1 de la Ley 1/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, se recogen en la STS de 9 de mayo de 2013, esto es:

- 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.



c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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.

La STS de 30 de abril de 2015 especifica el alcance del control sobre las condiciones insertas en contratos según se celebren con quien ostente la condición de consumidor o carezca de ella. Señala la resolución que

La normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor.

Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

El art. 82 de dicho Texto Refundido establece que " se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

2.- Varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto. La primera, que en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente.

Una segunda conclusión sería que, en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil, y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Por último, el art. 1258 del Código Civil que se invoca por el recurrente contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el "contenido natural del contrato". Pero con base en este precepto no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato.

3.- En sentencias como las núm. 149/2014, de 10 de marzo, 166/2014, de 7 de abril, y 246/2014, de 28 de mayo, esta Sala ha considerado que un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación.

De ahí que, en contra de lo afirmado en el recurso, lo relevante para controlar el contenido de las condiciones generales impugnadas en este litigio no es solamente si el contrato es o no de adhesión, sino si, una vez determinado que las cláusulas no han sido negociadas individualmente, el adherente tiene la consideración legal de consumidor o usuario.

Que la Audiencia haya aplicado el régimen general del art. 1255 del Código Civil en relación a la solicitud de nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas, no significa, en contra de lo afirmado por el recurrente, que considere que las partes se encuentran en un plano de absoluta igualdad o que el adherente ha tenido



la posibilidad de negociar el contenido del contrato. Significa, simplemente, que pese a que el contrato está integrado por condiciones generales de la contratación, al no tener el adherente la cualidad legal de consumidor, es aplicable el régimen general que en cuanto a la nulidad de los contratos por razón de su contenido contiene el Código Civil, porque así lo establece el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".

CUARTO.- El artículo 8 de la Ley 7/1998 considera nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Los requisitos de incorporación se regulan en su artículo 5 en el que se exige que se acepte por el adherente su incorporación al contrato y sea firmado por todos los contratantes, debiendo el contrato hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. 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. Por su parte, el artículo 7 excluye de la incorporación 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, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; y b) Las que 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.

Por lo que ahora interesa, el artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**, permite que el convenio arbitral adopte la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y exige que exprese la voluntad de las partes de someter a **arbitraje** todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Como se expuso anteriormente, el convenio arbitral aparece recogido en la condición general nº18 del contrato bajo la rúbrica "Condiciones generales". Todos los folios en los que se recogen las condiciones generales aparecen firmados por el cliente, y si bien, la firma y sello de la entidad bancaria sólo aparece en uno de ellos (página 3), tratándose de condición general inserta en contrato redactado por la prestamista, es evidente que aceptaba el contenido de la cláusula.

El texto de la condición de que se trata aparece redactado de forma clara y comprensible para el cliente, insertada entre condiciones generales expresamente firmadas, lo que evidencia que tuvo conocimiento de la misma, por lo que debe desestimarse el recurso interpuesto.

QUINTO.- Con carácter subsidiario, impugna la parte el pronunciamiento en materia de costas procesales, solicitando no se haga expresa imposición al concurrir serias dudas de hecho y derecho.

La Sentencia de esta misma Sala de 28 de febrero de 2.018 se pronunciaba sobre el concepto de "dudas de hecho o de derecho" y su aplicación:

" El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como regla general, en materia de imposición de costas, el criterio objetivo o del vencimiento en virtud del cual éstas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones. Excepción a dicha regla es la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho, razonadamente apreciadas por el juez. La apreciación de si en un caso concreto concurren las "serias dudas de hecho", debe basarse en las siguientes premisas:

- La interpretación de lo que deba entenderse por " serias dudas de hecho" ha de ser siempre restrictiva por tratarse de una excepción.

- El carácter dudoso de los elementos fácticos del pleito ha de venir determinado por las dificultades probatorias sobre la existencia de los hechos constitutivos de la pretensión. Lo fáctico resulta dudoso cuanto en la fijación de los hechos controvertidos alegados por una y otra parte haya resultado especialmente compleja pudiéndose calificar la labor de apreciación de las pruebas como verdaderamente difícil e intensa. El proceso se revela como imprescindible puesto que sin él hubiese sido imposible establecer los hechos relevantes para la resolución del litigio. (...) Por su parte, la apreciación de "serias dudas de derecho" se funda en el carácter incierto determinado por los problemas jurídicos motivados por cambios legislativos o de líneas de interpretación o criterios jurisprudenciales que dificultan el encaje entre los hechos y el derecho".



En el supuesto de autos no se aprecian dudas fácticas ni jurídicas del alcance exigido para excluir el criterio objetivo del vencimiento, siendo la propia parte actora quien introduce los elementos de los que predica complejidad cuando conoce la condición con la que contrató.

SEXTO.- En materia de costas procesales, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante el pago de las causadas en esta alzada.

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Silvestre Benedicto, en nombre y representación de SERRA LLODRÀ S.A , contra el Auto dictado en fecha de 2 de mayo de 2018, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº21 de Palma, en los autos de Juicio ordinario de los que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma la expresa resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada, con pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso.

Así, por este Auto lo acordamos.