



Roj: **SAP B 9738/2015 - ECLI: ES:APB:2015:9738**

Id Cendoj: **08019370132015100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **30/09/2015**

Nº de Recurso: **375/2014**

Nº de Resolución: **280/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ISABEL CARRIEDO MOMPIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION Decimotercera

ROLLO Nº 375/2014 - 5ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 481/2012

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 7 SABADELL

SENTENCIA N.º m. 280

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT

Dª. ISABEL CARRIEDO MOMPIN

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

Dª. M. PILAR LEDESMA IBAÑEZ

En la ciudad de Barcelona, a treinta de septiembre de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 481/2012 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 7 Sabadell, a instancia de PROMOCIONES ARYDIS VALLES, S.L. contra CAIXABANK, S.A., los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 17 de febrero de 2014 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada , es del tenor literal siguiente:

"FALLO: DESESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda en su día presentada por la procuradora Dª. Carme Calvet Gimeno, en representación de PROMOCIONES ARYDIS VALLES, S.L. frente a CAIXABANK, S.A. , representada por el procurador D. Alvaro Cots Durán, absolviendo, en consecuencia, a tal demandada de todas las pretensiones frente a ellas dirigidas.

Las costas causadas en esta instancia deberán ser asumidas por PROMOCIONES ARYDIS VALLES, S.L.



SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria, que se opuso en tiempo y forma, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial, .

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 16 de septiembre de 2015.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. ISABEL CARRIEDO MOMPIN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte actora, PROMOCIONES ARYDIS VALLES S.L., interpuso demanda contra la entidad CAIXABANC S.A. (antes Caixa Girona) solicitando la supresión de la clausula suelo, por considerarla abusiva, del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 5 de diciembre de 2006 y en virtud del cual se prestaba a la actora la suma de 450.000 €, constituyendo como garantía del mismo la hipoteca sobre dos fincas debidamente identificadas en la demanda. Dicha escritura fue objeto de dos novaciones en 18 de marzo de 2008 y 28 de noviembre del mismo año.

Los motivos alegados en la demanda para justificar la abusividad de la citada clausula suelo (estipulación Tercera bis, apartado c) del contrato de préstamo hipotecario) fueron el desconocimiento de la misma por no haber sido negociada ésta individualmente, el desequilibrio entre las obligaciones de las partes contratantes y el supuesto uso antisocial y abuso de derecho.

La demandada contestó alegando que la clausula de limitación de intereses difícilmente podía pasar inadvertida para la demandante pues constaba con claridad, en negrita y subrayada, no siendo hasta 5 años y medio después de la firma del préstamo que se insta la nulidad de la misma, tras haberla ratificado hasta en dos ocasiones ante notario. Asimismo argumentó que existieron negociaciones para llegar a un mutuo acuerdo y que el notario dio fe de que el consentimiento se prestó libre y voluntariamente.

Tras todos los trámites procesales, el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 2014 desestimando íntegramente la demanda al considerar que a) conforme al artículo 3 del TRLGDCU, la parte actora no tiene la condición de consumidora, sino que se trata de una persona jurídica que adquiere un inmueble a través del préstamo con los fines propios de su objeto social; b) que la clausula litigiosa es una condición general impuesta al prestatario pero que ello por sí solo no determina la nulidad de la clausula, cuya licitud ha sido confirmada por la TS de 9 de mayo de 2013 ; c) que dado el carácter profesional de la actora no cabe el control de contenido ni el control de transparencia que solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores; y d) que no obstante aún en la hipótesis de que la demandante tuviera la condición de consumidora, no cabría examinar el equilibrio de la clausula por hacer referencia al objeto principal del contrato, esto es, al precio.

Frente a dicha sentencia se ha alzado la parte actora, a medio del recurso que ahora se conoce, argumentando que es persona jurídica que debe considerarse consumidora y usuaria en este caso en concreto por actuar en un ámbito ajeno a su objeto social y que en el acto de la vista quedó demostrado que los contratantes no entendieron nada de lo que se estipulaba en el contrato de préstamo, que desconocían que tenían a su disposición el proyecto de escritura 3 días antes del otorgamiento y que el Notario no leyó la escritura.

SEGUNDO .- En relación a la condición de consumidora de la actora ha de recordarse que la condición de consumidor no es una cualidad in genere que en todo caso concurre respecto de una persona física o jurídica, sino que es una cualidad que no se presume legalmente y que se ostentará, en su caso, en función de un actuar concreto determinado, debiendo ser los prestatarios los que acrediten este carácter, si bien en el caso de autos no se ha acreditado en forma alguna la condición de consumidora de la actora.

En el caso litigioso, la mera lectura de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria revela que el contrato no se celebró para financiar una operación con consumidores, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil, Promociones Arydis, S.L., de donde se desprende su carácter mercantil (artículo 311 del Código de Comercio), sin que los Sres. D. Juan y Dña. Enma intervengan como consumidores, sino como garantes o avalistas de una obligación mercantil. Piénsese que su objeto social "lo constituye la promoción inmobiliaria, la realización de obras de derribo, construcción, reforma y ejecución de obra civil e instalaciones relacionadas, la realización de obras de urbanización, parcelación y reparcelación de terrenos y excavaciones y movimientos de tierras, y la adquisición, tenencia, gestión, alienación y explotación de inmuebles por medio de arrendamiento financiero", que la finca que se hipoteca propiedad de la prestataria fue adquirida ese mismo día (folio 14), y que el importe del préstamo estaba destinado a adquirir y reformar un inmueble y luego venderlo, lo que se adecua al objeto social expuesto, según declaró el propio empleado



de la demandada, D. Plácido , que intervino en las negociaciones y en la comercialización del préstamo con la actora.

La muy conocida Directiva 93/13 CEE, reservada a la protección de consumidores dentro de la contratación bancaria frente a cláusulas y prácticas abusivas, ya definió en su artículo 2.b) el concepto de consumidor entendiendo por tal a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", mientras que por profesional se entiende "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada", lo que se reproduce en la transposición de la Directiva a nuestro Derecho interno, primero en la Ley 26/1984, cuando se señalaba en el artículo 1, apartado 3 de la citada Ley "...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..." y, en esta línea, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 2005 indica que "El artículo 1, apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico.... No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (Sentencias de 18 de junio de 1999 , 16 de octubre de 2000 , 28 de febrero de 2002 , 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004).

Criterio seguido bajo la redacción del actual Texto Refundido 1/2007 de 16 de noviembre, con la escueta consideración de que, a los efectos de esta norma, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, mientras que por profesional-empresario, en la terminología del Texto Refundido, se considera como tal a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

Más recientemente y en la línea restrictiva viene a incidir la Ley 3/2014 de 28 de marzo que reformó el T.R. de la ley 1/2007 que ahonda en la primitiva idea al modificar el artículo 3 del texto refundido señalando que "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" (definición que ya había acogido la STS de 18 de junio de 2012), mientras que el artículo 4 califica contractualmente como empresario "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."

La actora solicitó la nulidad de la cláusula suelo incorporada a un contrato de préstamo hipotecario para financiar la compra de una vivienda adquirida el mismo día del préstamo y en escritura previa, sea para explotar por sí la vivienda, sea para su arrendamiento, venta o explotación por terceros, por lo que la condición de consumidora desaparece y correspondiéndole a ella la carga de la prueba por así exigirlo la ley y el propio principio de facilidad probatoria, e incluso la misma jurisprudencia (STS de 18 de junio de 2014), la falta de prueba para enervar la falta de condición esencial para su protección jurídica frente a cláusulas bancarias abusivas lo excluye de la misma.

Concepto restrictivo amparado por nuestra jurisprudencia en la citada STS de 18 de junio de 2014 al señalar en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998 , 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar



o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, n° 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , n° 963, 2005)

Compartimos, pues, la argumentación expuesta en la Sentencia recurrida, pues no puede considerarse consumidora a la entidad que solicita financiación para cumplir con sus objetivos empresariales. No le es pues de aplicación a la actora la normativa especial de protección de los consumidores y usuarios.

TERCERO .- Sentado lo anterior es de señalar que en el caso de autos puede resultar de aplicación, la normativa general sobre condiciones generales de contratación. Ciertamente, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (STS n° 241/2013), en su fundamento jurídico 233 c), y como no podía ser de otro modo, rechaza expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente, en el fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, diciendo: « 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 - [...] , 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 [...].» En consonancia con ello, las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia -requisito del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación -, son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente, al decir: «En definitiva, las cláusulas analizadas no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas».

CUARTO .- Hechas las anteriores consideraciones, lo primero que debe analizarse es si la cláusula controvertida del préstamo concertado entre ambas partes puede ser calificada como condición general de la contratación. A tal efecto, debemos partir de la base de que la mencionada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ya dejó dicho que este tipo de cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, estableciendo como notas definitorias de gran interés para lo que aquí importa: « 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 éstas 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». Concluyendo dicha resolución, en lo que se refiere al sistema de imposición y vinculación de las condiciones generales de la contratación, lo siguiente: « a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el adherente no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario». Ello no obstante, y a fin de evitar equívocos - añade la sentencia-, «la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio , se trata de un fenómeno que comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en



qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad". Dicho lo cual, en el caso de autos evidentemente la cláusula discutida del contrato de préstamo concertado entre la actora y demandada ha de considerarse como cláusula impuesta en el ámbito de una condición general de la contratación.

QUINTO .- Establecido, pues, que la cláusula suelo (estipulación Tercera bis, apartado c) del contrato de préstamo hipotecario) es una condición general de la contratación, tenemos que examinar cuál es alcance del posible control a que pueda ser sometida, puesto que al referirse a los intereses remuneratorios del préstamo, forma parte del "precio" del mismo y constituye un elemento esencial del contrato. Respecto de lo cual, si la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 concluyó que no cabe el control de contenido de las estipulaciones esenciales (precio/prestación) ni siquiera cuando se trata de consumidores, cuanto más cabe llegar a dicha conclusión si como sucede en este caso el prestatario es un profesional, no consumidor y que, per se, tiene ánimo de lucro. Ahora bien, ello no implica que, en tanto que condición general de la contratación, no pueda ser sometida a un control de transparencia e incorporación. En concreto, la mencionada Sentencia de nuestro más Alto Tribunal expresa: «las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC». Aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se le facilite un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC-), con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente, porque no garantice que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, ni tampoco permita la adecuada elección del cliente en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, puesto que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, lo que se pretende asegurar es que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

SEXTO .- El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia aludiendo, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias en la STS nº 241/2013 es, precisamente, que se dé a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": «(las) propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula ». La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que «convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)>>. Es decir la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante, sino directamente engañosa, en cuanto que genera una apariencia de simetría que induce a creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente, restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés. Por ello, y como hemos anticipado concluye nuestro Tribunal Supremo: « En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor>>.

SEPTIMO .- Aplicando esta doctrina al caso de autos puede concluirse, aunque la prestataria no sea consumidora, que la información respecto a la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario (Documento nº 2 de la demanda, escritura de fecha 5 de diciembre de 2006 ante el Notario Sr. Cembrano Zaldivar, cláusula tercera bis TIPUS DE INTERES VARIABLE c) tipus d'interés minim aplicable: S'acorda i es pacta expresament que el préstec objete d'aquest contracte en cap cas meritara un interés inferior al 3,50 per cent nominal anual, com a resultat de les successives revisions d'interés; es, a todas luces, insuficiente.



En efecto, si la misma supera el control de inclusión, a efectos de su incorporación como condición general en el contrato, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas, sean generales o particulares, infringiendo así, no ya la legislación de consumidores (que aquí no es aplicable), sino las previsiones generales para cualquier contrato del artículo 1258 del Código Civil. Y es que lo elevado del suelo (superior a otros que esta misma Audiencia Provincial ha considerado abusivos del 3%) hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo - recordemos que el informe del Banco de España indica que « estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas », de forma que, en frase afortunada de la Sentencia de Pleno nº 241/2013, «el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza». Por tanto, insistimos, la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta, la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Además, ha de tenerse muy presente lo establecido por el Tribunal Supremo en lo relativo al reparto de riesgos entre las partes, que incide netamente en la falta de transparencia; diciendo la STS nº 241/2013 : « Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de España [...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes (...). Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia (lo que es trasladable a la cláusula suelo del préstamo suscrito entre los litigantes en los presentes autos, añadimos nosotros), dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como 'variable'. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza », según antes resaltamos.

OCTAVO .- A efectos de conceptuar la condición general como no transparente, pese a que el adherente no sea consumidor, es conveniente que este Tribunal vuelva a recordar, que en la normativa bancaria (Órdenes Ministeriales, Circulares del Banco de España) se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de "clientela", como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente -consumidor o profesional- que emplea la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que las cláusulas suelo están admitidas por la normativa sectorial bancaria (incluso en las normas especiales aplicables a las personas físicas), pero como concluye la STS nº 241/2013 en su fundamento jurídico 178, ello «no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario». De hecho, el Informe del Banco de España que se cita en la indicada resolución propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación. Y la tan citada Sentencia reproduce en su fundamento jurídico 159 una parte de dicho informe del Banco de España que incide netamente en la falta de negociación individual de la cláusula suelo y que dice: « [...] Un análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...]. En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad ». Es decir, el cliente no tiene capacidad real de influencia en la supresión o en el contenido de la cláusula, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar (lo toma o lo deja).



NOVENO .- Ciertamente es que, no tratándose de prestataria consumidora, no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la STS nº 241/2013, pero ello no impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual y muy especialmente, como decíamos anteriormente las previsiones del artículo 1258 del Código Civil. La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: « 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 » (en similar orden de ideas, artículo 9 de la Ley de 29 de diciembre de 2004 sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). En este caso, teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de importancia en el mercado financiero nacional como es la demandada, y la actora, que pide el préstamo hipotecario al objeto de comprar y reformar una edificación para su posterior venta, las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino considerar que la cláusula suelo objeto de controversia es nula; puesto que como precisó el Auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2014, aclaratorio de la STS nº 241/2013, «la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia»; es decir, se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestataria no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo. Como consecuencia de todo lo cual debe estimarse la demanda y declararse la nulidad de la cláusula impugnada en el préstamo hipotecario referenciado, ordenando su eliminación del contrato celebrado entre las partes conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1.256, 1.258, 1.261, 1.265, 1.266 y 1.300 del Código Civil.

DECIMO .- No obstante, no se agota en la mencionada pretensión de nulidad de la condición general litigiosa lo que se solicita en la demanda y posterior recurso de apelación, puesto que también se postula que se condene a la demandada a pagar a la parte demandante la suma de 32.171,84 €, importe correspondiente a la diferencia en la cuota mensual pagada de más entre noviembre de 2009 y hasta octubre de 2011. Pues bien ha de atenderse a las conclusiones contenidas al efecto en la tan mencionada STS nº 241/2013, de 9 de mayo, del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que declaró que «no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia», siendo dicha resolución una sentencia de Pleno que, como tal, vincula a los órganos jurisdiccionales en la forma en que la jurisprudencia es fuente del Derecho (véase el acuerdo de la junta general de magistrados de la Sala Primera del TS de 30.12.2011, en interpretación del requisito del "interés casacional").

En la mencionada sentencia de pleno, además de analizar las peculiaridades propias de las acciones ejercitadas, se declara con toda contundencia que las cláusulas suelo no son cláusulas nulas y que podrían integrar el contenido del contrato cuando se inserten con carácter general en contratos celebrados entre profesionales y consumidores si superan el estándar del control de transparencia. No se está, por tanto, ante una nulidad estructural que afecta a un elemento esencial del negocio o de la estipulación en cuestión, como sucede con la nulidad general que contempla el art. 1303, sino ante una nulidad funcional derivada de la exigencia de protección de la parte más débil de la relación jurídica. Pero además, en el caso de cláusulas como la que ocupa que definen el objeto esencial del contrato y que, en sí mismas, son cláusulas lícitas, como regla general no cabe operar sobre ellas con la técnica del control de contenido. Su control, desde el punto de vista de la protección del consumidor, se lleva a cabo a través de lo que la sentencia denomina doble filtro o control de transparencia, al considerarse que la cláusula no ha sido válidamente incluida por los motivos expuestos en el apartado 225 de la repetida sentencia. Por tanto, su ineficacia viene dada de las peculiares condiciones en que se incorporaron al contrato y de las singulares exigencias de protección de la información proporcionada a la parte más débil de la relación jurídica.

Por todo ello, resulta lógico que se excepcione el régimen general de la nulidad contractual previsto, como hemos señalado, para supuestos diferentes al que ahora nos ocupa, de ahí que las razones expuestas en el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia del Pleno, en especial, la exigencia de respetar el principio de seguridad jurídica en relación con la conservación de efectos ya consumados, resulten plenamente aplicables al presente supuesto.



Por otra parte no estamos, pues, ante una doctrina planteada ex novo con motivo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, y menos aún ante una decisión que excepcione la "ordinaria" aplicación del art. 1303 CC, sino ante una línea jurisprudencial consolidada, en la que se puede citar igualmente la STS de 15 de enero de 2010 que, en esencia, supone que el art. 1303 CC no puede aplicarse mecánicamente y literalmente con independencia de la figura contractual de que se trate o de la causa de la nulidad, sino que la restitución de las recíprocas prestaciones habrá de ajustarse racionalmente de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico".

En similar sentido se han pronunciado distintas Audiencias, entre otras, Burgos 25-01-2014, que cita a su vez las de Cáceres, 8-11-2003, Córdoba 31-10-2013, Cádiz 17-05-2013 y Madrid 23 de julio de 2013; Córdoba 12-06-13, Cáceres 2-10-13 y de Alicante de 12-07-2013

Este Tribunal considera aplicable esta doctrina también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales. En primer lugar, creemos que la doctrina determinante de la nulidad apreciada, aplicada a este caso, y en consecuencia a multitud de otros similares, por razones de seguridad jurídica y respeto al principio de igualdad, pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto, mantiene aquí también la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno. A su vez, también estimamos que no cabe olvidar la singularidad de la cuestión, donde el Tribunal Supremo se enfrenta ante las consecuencias de la nulidad de una cláusula, que según su propia doctrina, forma parte del objeto principal del contrato litigioso, cumpliendo una función definitoria o descriptiva esencial, pero que sin embargo no provoca la nulidad total del contrato. Careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad.

En consecuencia, procede la declaración de nulidad de la cláusula suelo invocada, pero no así la devolución de todas las cantidades que por este concepto hayan sido pagadas pues la STS de 25 de marzo de 2015 fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013". Lo que se reitera en la de 29 de abril de 2015.

UNDECIMO .- Lo expuesto comporta la estimación parcial del recurso formulado por la parte actora y, por ende, la estimación parcial de la demanda, lo que conlleva no hacer mención especial sobre las costas de ambas instancias.

FALLAMOS

ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación de PROMOCIONES ARYDIS VALLES S.L. contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell en el procedimiento ordinario nº 481/2012, SE REVOCA dicha resolución y en su lugar se dicta otra por la que estimando parcialmente la demanda, se declara la nulidad de la cláusula suelo (estipulación Tercera bis, apartado c)) insertada en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 5 de diciembre de 2006 y condenamos a CAIXABANC S.A. a eliminar a su costa la citada cláusula y a devolver a la actora las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir del día 9 de mayo de 2013 más los intereses legales desde su cobro hasta la fecha de la devolución. No se hace mención especial sobre costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase el depósito a la parte actora.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación si concurre interés casacional que habrá de interponerse ante este tribunal, así como, conjuntamente con el mismo, recurso extraordinario de infracción procesal, si concurren los requisitos legales para ello de acuerdo con la DF 16ª LEC, que deberán interponerse ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, debiendo constituirse el oportuno depósito conforme a la D.A. 15ª de la LOPJ.



Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a Sr./a. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ