



Roj: **SAP IB 1015/2021 - ECLI:ES:APIB:2021:1015**

Id Cendoj: **07040370052021100347**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **713/2020**

Nº de Resolución: **355/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MATEO LORENZO RAMON HOMAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00355/2021

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Teléfono: 971-728892/712454 **Fax:** 971-227217

Correo electrónico: audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es

Equipo/usuario: AMT

N.I.G. 07026 42 1 2019 0002823

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000713 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.2 de EIVISSA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000524 /2019

Recurrente: CASA VICTORIA SOCIEDAD ANONIMA

Procurador: GABRIEL TOMAS GILI

Abogado:

Recurrido: BANCO DE SABADELL SA

Procurador: JOSE LOPEZ LOPEZ

Abogado: SANTIAGO AITOR ALONSO LARRUSCAIN

SENTENCIA N° 355

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

MAGISTRADOS:

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

Dª MARIA ENCARNACION GONZALEZ LOPEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintinueve de abril de dos mil veintiuno



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 524/2019, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N° 2 de EIVISSA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 713/2020, en los que aparece como parte apelante, CASA VICTORIA SOCIEDAD ANONIMA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. GABRIEL TOMAS GILI, asistido por el Abogado D. NORBERTO MARTÍNEZ BLANDO, y como parte apelada, BANCO DE SABADELL SA, representado por el Procurador Sr. JOSÉ LÓPEZ LÓPEZ, asistido por el Letrado D. GUILLEM IBAÑEZ ESCOI, no comparecida en esta alzada.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MATEO RAMÓN HOMAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Ibiza en fecha 1 de octubre de 2020, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando como desestimo íntegramente las pretensiones deducidas a instancia CASA VICTORIA S.A. como parte demandante, contra la entidad BANCO SABADELL S.A., como parte demandada, al no ostentar la actora la condición de consumidora y usuaria.

Y todo ello con expresa condena en costas a la entidad actora".

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 28 de abril del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la demandante, -entidad Casa Victoria SA-, como acción principal solicita se declare la nulidad de las cláusulas suelo, de comisión de apertura y de gastos, en la escritura pública de préstamo hipotecario que, con fecha 30.11.2.010 suscribió con la entidad Banco de Sabadell, por no superar el control de transparencia. Subsidiariamente, solicita se acceda a dichas pretensiones, por aplicación del artículo 8 de la LCGC, y por ausencia de buena fe en la entidad demandada. En ambos casos solicita el reintegro de los gastos de notaría, registro y gestoría; del importe de la comisión de apertura, así como del exceso abonado por aplicación de la cláusula suelo.

La entidad demandada considera que las cláusulas superan el control de incorporación y que la entidad actora no puede ser considerada consumidora.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda por considerar que la entidad actora no es consumidora. Impone las costas la parte actora.

Dicha resolución es apelada por la representación de la entidad demandante en petición de resolución que estimen la petición principal o la subsidiaria de la demanda. Como resumen de los motivos del recurso, cabe referir que la sentencia de instancia alega es incongruente por falta de pronunciamiento sobre el control de incorporación de las cláusulas suelo y de gastos, pues esta es la petición principal de la demanda; y alega como petición subsidiaria que no se le impongan las costas por serias dudas de hecho o de derecho.

La representación de la entidad demandada solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- SOBRE LA INCONGRUENCIA ALEGADA.

Examinada la sentencia de instancia, se aprecia que en los fundamentos primero y segundo se hace referencia al planteamiento de la controversia; en el tercero, deniega la cualidad de consumidora a la entidad actora por cuanto se trata de un complejo hotelero en el que se han efectuado obras de mejora, y por tanto, el destino de la suma percibida era para uso profesional, por lo que concluye en que la demanda debe ser desestimada. No obstante, tras dicha conclusión entra en el examen del control de transparencia y abusividad de las cláusulas de gastos, comisión de apertura, y suelo en los fundamentos cuarto a once. En el doce, impone las costas a la parte actora, al haberse desestimado la demanda. En el fallo desestima la demanda. Cabe considerar que los fundamentos cuarto a once no guardan relación con el caso, y harían referencia a una cláusula en un contrato con consumidores.

En tal situación, ciertamente, se aprecia una incongruencia omisiva en la sentencia, pues la misma no ha entrado en el examen de si las cláusulas superan el control de incorporación, lo cual había sido objeto de la demanda interpuesta, y esta Sala entrará en el examen de dicha cuestión.

TERCERO.- SOBRE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DE LA ENTIDAD ACTORA.



La cuestión relativa a si una persona jurídica puede ser considerada como consumidora, ya ha sido tratada en la sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 2.020 en los siguientes términos:

El art. 1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, al delimitar su ámbito de aplicación establecía en su apartado segundo que 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; y en su apartado 3 añade que 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.

El art. 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción inicial, de 16 de noviembre 2007, matizó ese concepto al disponer que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". No obstante, la Exposición de Motivos del vigente Texto Refundido siguió haciendo referencia al elemento del destino final de los bienes y servicios, cuando expresa en su apartado III que "el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a tercero".

La distinción entre consumidor "destinatario final" frente a quienes emplean los bienes y servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado", que realiza el art. 1 de la LCU 1984, había sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido similar al que resulta del art. 3 de del texto de 2007, coherente con la jurisprudencia comunitaria, concretando la noción "destinatario final" con el consumo en el ámbito personal o doméstico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 dice lo siguiente con relación al concepto de consumidor "Respecto a la primera cuestión, hay que 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, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963,2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo, Ley 7/1995, de 23 de marzo excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).

Finalmente, el texto vigente del art. 3 TRLGCU , procedente de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dispone que «son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta 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»

La sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, as. C-110/14, con relación al concepto de consumidor definido en el art. 2b) de la Directiva 93/13, de 5 de abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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 (como pone de manifiesto la STS núm. 30, de 18 de enero de 2017).



Por tanto, el elemento fundamental para determinar la presencia o no de un consumidor en nuestro ordenamiento jurídico es el destino que se da a la operación y, en concreto, si la persona, física o jurídica, lo incorpora o no a una actividad empresarial o profesional.

Más recientemente la STS de 3 de junio 2019 señala:

"Como hemos declarado en la sentencia 230/2019, de 11 de abril, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevicv. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 17)".

3.- Además, tampoco cabe compartir que la actuación de una sociedad de responsabilidad limitada en un ámbito mercantil ofrezca dudas en cuanto a su ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC). Hasta el punto de que la jurisprudencia de esta sala ha señalado reiteradamente que el fin lucrativo es la causa del contrato de sociedad, a tenor de los arts. 1665 CC y 116 CCom (sentencias 1229/2007, de 29 de noviembre; 1377/2007, de 19 de diciembre; y 784/2013, de 23 de diciembre; y las que en ellas se citan). Como declaró la mencionada sentencia 1377/2007:

"Es consustancial a éstas [las sociedades], según reiterada jurisprudencia, la formación de un patrimonio común que se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociables o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también asumen de este modo sus pérdidas - Sentencias de 6 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 24 de julio de 1993 y 13 de noviembre de 1995, entre otras".

4.- Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGCU. Puesto que, como también declaró la antes citada sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra "una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social".

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 20 de enero de 2.020.

En consecuencia, una sociedad mercantil como la actora no puede ser considerada como consumidora, tal como acertadamente se señala en la sentencia de instancia.

La parte apelante sostiene que la entidad actora es consumidora; pues requería financiación para cambiar la financiación que en este momento ya se encontraba concedida por la Banca March SA, y el préstamo se concedía para la adquisición del complejo residencial Casa Victoria. Este complejo contiene la vivienda del administrador de la demandante, D. Nils Joakim Blatotoff.

De la documentación aportada a las actuaciones y del testimonio del empleado de la entidad actora D. Norberto , se infiere que la entidad actora es titular de un complejo hotelero compuesto por un número indeterminado de apartamentos o fincas registrales sito en el término municipal de Sant Josep (Eivissa); que dicho préstamo es una subrogación de la entidad ahora demandada en un préstamo anterior de la Banca March SA, con mejora de sus condiciones financieras; y que su finalidad es una inversión en dicho complejo hotelero. Según dicho testigo, el administrador de la demandante reside en una vivienda anexa a dicho complejo,



separado por una calle. Esta situación es de alguna manera corroborada por la Juzgadora de instancia en el acto del juicio oral, a modo de hecho notorio para residentes habituales en la isla de Ibiza, cual es que el complejo de apartamentos Casa Victoria tiene una finalidad turística. No consta con claridad el número de apartamentos, y en la escritura s.e.u.o. son objeto de hipoteca 18 fincas registrales, y el Abogado al preguntar al testigo alude a 26 fincas. En conclusión, la finalidad de tal préstamo es la mejora en las condiciones de uno anterior suscrito por la actora con otra entidad bancaria, y destinada a la financiación de un complejo hotelero. La circunstancia de que con dicho préstamo se hubieren hecho mejoras en la vivienda del administrador de la sociedad, - lo cual no consta acreditado-, no altera la anterior conclusión.

En conclusión, la entidad actora no puede ser considerada como consumidora.

CUARTO.- SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Las cláusulas suelo, de gastos y de comisión de apertura, es obvio que se tratan de unas condiciones generales de la contratación impuestas por la entidad demandada a la actora en la subrogación en posición acreedora de otro préstamo anterior, tal como indica el testigo antes aludido, para rebajarle el tipo de interés que le aplicaba la anterior prestamista.

Es ya doctrina muy reiterada la de que es supuestos en los que el adherente es un profesional, como es el caso de la entidad actora, no proceden los controles de transparencia y abusividad. En este sentido se pronunciado una ya consolidada doctrina jurisprudencial, recogida en STS de 3 de junio de 2.016, 18, 20 y 30 de enero de 2.017, 2 y 23 de noviembre de 2.017, 3 de julio de 2.018, 11 de abril y 10 de octubre de 2.019 y 15 de enero y 4 de febrero de 2.020.

Razonado el hecho de que el demandante no ostenta la cualidad de consumidor, y tal como recuerda el Tribunal Supremo en dos sentencias de 13 de diciembre de 2.018:

"- El control de incorporación, previsto en el art. 5 LCGC, es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores

-Este tribunal ha sentado en esta materia una jurisprudencia estable, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio ; 30/2017, de 18 de enero ; 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 587/2017, de 2 de noviembre ; 639/2017, de 23 de noviembre ; y 8/2018, de 10 de enero ; en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores . Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos."

Y con cita de la STS de 30 de abril de 2.015, recuerda:

"[...] 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 "

La STS de 20 de enero de 2.017 trata sobre el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios en los siguientes términos relevantes:

1.- La doctrina general sobre este tema ha sido formulada por la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio , en la que se compendian todos los pronunciamientos previos. Como decíamos en esa resolución, 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». Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar,

desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

2.- A su vez, la Sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no,.....:

..... 4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

En cuanto a la interpretación del artículo 8.1 LCGC, indica: que

" el art. 1258 CC es una norma de integración del contenido contractual, que no puede utilizarse para trasladar el contenido del art. 82.1 TRLGCU al régimen de nulidad de las condiciones generales en contratos entre empresarios..... Así, el art. 1258 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 ; 1141/2006, de 15 de noviembre ; y 273/2016, de 23 de abril). 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, porque en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.....

Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes» (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato."

Expuesta dicha doctrina jurisprudencial y descartada la procedencia de efectuar un examen de control de transparencia cualificada y de abusividad, la controversia de esta litis, se circunscribe básicamente a dos cuestiones: si se supera el control de incorporación, y si existe alguna infracción al principio de buena fe del artículo 1.258 CC, en relación con los artículos 5 y 7 de la LCGC.

El artículo 7 establece:

" 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas 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."

En cuanto al control de incorporación, el mismo se supera, y no se aprecia que la cláusula sea oscura, ilegible, oscura, o de difícil comprensión. Su redacción no plantea problema interpretativo alguno, ha sido firmada, tanto en la oferta vinculante previa como en la propia escritura pública, con lo cual ha tenido la posibilidad de conocer



con una lectura atenta del documento. Ciertamente, se trata de condiciones generales de la contratación que fueron impuestas al actor por la entidad demandada, pero las mismas superan el control de incorporación, esto es, no presentan ninguna dificultad de interpretación.

En la STS de 12 de junio de 2.020 se trata dicha cuestión en los siguientes términos, que consideramos igualmente aplicable al supuesto enjuiciado:

" Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 314/2018, de 28 de mayo , el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala).

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo :

"[la] cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación , porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

Asimismo, no apreciamos que se trate de cláusulas sorpresivas que puedan desnaturalizar el contenido del contrato, o pueda reputarse de insólita o sorprendente, con lo cual tampoco se aprecia ninguna infracción del artículo 1.258 del Código Civil. No obra prueba alguna de que tal cláusula fuere introducida de modo sorpresivo o subrepticio en la escritura, y el demandante con la sola lectura de la misma, tanto en la escritura pública, como en la oferta vinculante, pudo percatarse de su contenido.

En la aludida STS de 12 de junio de 2.020, con remisión a la de 30 de enero de 2.017, sobre el particular se señala:

"Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las "cláusulas sorprendentes" (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

"Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc."

"Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, y desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente".

La entidad actora es titular de un complejo turístico, que incluye unos 26 apartamentos, que ha decidido mejorar su financiación para la explotación de dicho negocio mediante la subrogación en posición acreedora



de la entidad Banco de Sabadell SA en un anterior préstamo concedido por Banca March SA, y, en el caso enjuiciado, las circunstancias aludidas en el fundamento anterior no constan probadas

Estos mismos argumentos son aplicables a las cláusulas de comisión de apertura y de gastos de constitución de la hipoteca.

En consecuencia, no ha lugar a declarar la nulidad de la cláusula suelo, comisión de apertura y de gastos contenida en le escritura de 30.11.2.010.

Se estima íntegramente el motivo del recurso.

QUINTO.- COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

Al apreciar la existencia de incongruencia omisiva en la sentencia de instancias, la cual ha sido subsanada en esta alzada, no se considera procedente efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada, en aplicación del artículo 398 de la LEC.

FALLAMOS

1) **DESESTIMAR el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador D. Gabriel Tomás Gili, en nombre y representación de la entidad Casa Victoria SA, contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2.020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eivissa, en los autos Juicio ordinario nº 524/19, de los que trae causa el presente Rollo.

2) **DEBEMOS confirmar dicha resolución.**

3) **No** se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada, con devolución del depósito constituido para recurrir a dicha parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.