



Roj: **SAP LU 20/2017 - ECLI:ES:APLU:2017:20**

Id Cendoj: **27028370012017100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2017**

Nº de Recurso: **429/2016**

Nº de Resolución: **13/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO VARELA AGRELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO SENTENCIA: 00013/2017

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

FF

N.I.G. 27028 42 1 2015 0003248

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000429 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000602 /2015

Recurrente: A BANCA CORPORACION BANCARIA S.A.

Procurador: MARIA EUGENIA IGLESIAS PENELAS

Abogado:

Recurrido: GRUPO GESINCAL 2007 S.L.

Procurador: CARLOS CABO SILVA

Abogado: DANIEL RIVERO BRAÑA

SENTENCIA 13/2017

ILMOS. SRES.:

D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO

D.ª MARÍA ZULEMA GENTO CASTRO

D. DARÍO ANTONIO REIGOSA CUBERO

Lugo, trece de enero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000602/2015**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000429/2016**, en los que aparece como parte apelante, **A BANCA CORPORACION BANCARIA S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA EUGENIA IGLESIAS PENELAS y asistido por el Abogado D.ª CARMEN CAMPOS BAZ y como parte apelada-impugnante, **GRUPO GESINCAL 2007 S.L.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a.



CARLOS CABO SILVA y asistido por el Abogado D. DANIEL RIVERO BRAÑA, sobre nulidad contrato. Siendo ponente el presidente Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO, se dictó sentencia con fecha dos de marzo de dos mil dieciséis, en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por GRUPO BESICAL 2007 SL, representada por el Procurador Doña María Eugenia Iglesias Penelas, se realizan los siguientes pronunciamientos: 1.- DECLARO la nulidad de la cláusula suelo limitativa del tipo de interés variable del contrato, insertada en el apartado TERCERO BIS de la Escritura de Constitución de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada ante el Notario de Lugo D. José Manuel López Cedrón con fecha 29 de junio de 2007 bajo el nº 3.082 de su protocolo suscrita entre la sociedad actora y la entidad demandada, ahora ABANDA S.A., manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de ésta. 2.- CONDENO a la entidad financiera demandada a estar y pasar por esa declaración, procediendo a eliminar la cláusula declarada nula del contrato suscrito entre la actora y la demandada. 3.- CONDENO a dicha entidad demanda a devolver a la sociedad actora las cantidades que en concepto de intereses hubiese cobrado de más en virtud de la aplicación de la cláusula declarada nula a partir del día 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales, así como a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo excluyendo la cláusula declarada nula; sin hacer expresa condena en costas.", que ha sido recurrido por la parte ABANCA CORPORACIÓN BANCARA S.A. e impugnado por GRUPO GESINCAL 2007 SL., habiéndose alegado por la contraria oposición al recurso e impugnación.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día trece de enero de dos mil diecisiete a las diez treinta horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los siguientes.

PRIMERO.- Consiste la contienda en la acción declarativa de nulidad de cláusula suelo en contrato de préstamo hipotecario.

La sentencia de instancia estima sustancialmente la pretensión actora y contra esta decisión judicial plantea recurso de apelación la parte demanda y civilmente condenada.

SEGUNDO.- No ofrece duda que no estamos en una relación de préstamo hipotecario con un **consumidor** sino entre profesionales o empresarios pues se trata de la financiación de una promoción inmobiliaria.

Desde esa perspectiva, la primera cuestión es analizar si estamos ante una condición general de la contratación, naturaleza que es negada por la entidad financiera.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión".

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:

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.

Asimismo, la citada *sentencia de 9 de mayo de 2013* aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el *art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo*, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse, por otra); segundo, que 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, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

El art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, si bien podemos tomar como referencia lo dispuesto en materia de condiciones insertas en contratos con **consumidores**.

Así, el *art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo*, establece que "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el **consumidor** no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al **consumidor** influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el **consumidor** pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el art. 1 LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a "una pluralidad de contratos".

Pues bien en el caso la prueba acredita nítidamente que hubo negociación y que el prestatario pudo influir en la misma, modificándose a la baja el suelo, como confirmó D.ª María Agra en su declaración, modificación que viene avalada por la testifical del otro compañero si bien desde una perspectiva más general.

Por tanto, existe pleno conocimiento de lo que se firmaba y de hecho antes de la firma existió un intenso período de negociaciones que fructificaron en la mejora de las condiciones del préstamo.

Esta línea interpretativa viene avalada por la sentencia TS 367/2016 de 3.06.2016.

Al no encontrarnos ante una condición general sino ante una condición ordinaria en un contrato entre profesionales, amparado por la libertad contractual, ningún sentido tiene entrar ya en el análisis de los controles de transparencia.

TERCERO .- Al estimarse el recurso no procede condena en costas, no siendo procedente modificar el pronunciamiento de instancia sobre las costas al concurrir complejidad en la cuestión debatida.

Vistos los artículos de pertinente aplicación

FALLO

Se estima el recurso de apelación.

Se revoca la sentencia apelada.

Se acuerda en su lugar la desestimación de la demanda absolviéndose a la entidad demandada de la pretensión ejercitada.



No se hace condena en costas en ninguna de las instancias.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J , si se hubiera constituido.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ