



Roj: **SAP PO 1710/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:1710**

Id Cendoj: **36038370012014100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2014**

Nº de Recurso: **378/2014**

Nº de Resolución: **281/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00281/2014

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 378/14

Asunto: Juicio Ordinario (Condiciones Generales de la Contratación)

Número: 298/13

Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

D. Jacinto José Pérez Benítez

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM. 281

En Pontevedra, a veinticuatro de julio de dos mil catorce.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 378/14, dimanante de los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación incoados con el núm. 298/13 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, siendo apelante la demandante "ITAIPU TRADE, S.L.", representada por la procuradora Sra. Cabido Valladar y asistida por el letrado Sr. Abal Lourido, y parte apelada la entidad "BANCO PASTOR, S.A." (hoy, "BANCO POPULAR, S.A."), representada por el procurador Sr. Gil Tranchez y asistida por el letrado Sr. Espada Méndez. Es Ponente el Ilmo. Sr. D. **Manuel Almenar Belenguer**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 28 de abril de 2014 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:



"Que DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Patricia Cabido Valladar, en nombre y representación de ITAIPÚ-TRADE, S.L.", contra BANCO PASTOR, S.A., y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a BANCO PASTOR, S.A." de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la demandante "Itapú Trade, S.L." se interpuso recurso de apelación, formalizado mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2014 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia estimando el recurso, revocando la sentencia apelada y estimando íntegramente la demanda, con expresa imposición a la parte contraria de las costas causadas.

TERCERO.- Del referido recurso se dio traslado a la parte demandada, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 30 de junio de 2014 y por el que interesaba que, previos los trámites legales, se dicte sentencia que confirme en todos sus términos la dictada por el Juzgado, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tras lo cual con fecha 7 de julio de 2014 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso, se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en su integridad los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia y que esta Sala comparte y tiene por reproducidos a fin de evitar inútiles repeticiones.

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.

Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del presente recurso los siguientes:

1º En virtud de escritura pública de 28 de febrero de 2003, autorizada por la notaria de Ponte Caldelas Sra. Canoa Pérez, se formalizó entre la mercantil "Itaipu-Trade, S.L.", dedicada a la promoción y construcción de edificios, y la entidad "Banco Pastor, S.A." (hoy, "Banco Popular, S.A."), un contrato de préstamo por importe de 1.920.000 euros, destinado a la ejecución por "Itaipu-Trade, S.L." de un complejo de viviendas, a devolver en 240 cuotas mensuales de, inicialmente, 10.890,16 euros al mes, y garantizado mediante hipoteca constituida sobre dos solares propiedad de la prestataria.

2º En la cláusula tercera, titulada "intereses ordinarios", se establecía que el préstamo devengaría un interés variable, a efectos de cuya determinación se dividía en 22 períodos de interés, fijándose un tipo del 3,25% nominal anual para el primer período, comprensivo del 28 de febrero de 2003 al 29 de febrero de 2004, mientras que en la cláusula tercera bis, rotulada "tipo de interés variable", se estipulaba que, durante el segundo y sucesivos períodos, el tipo de interés aplicable se determinaría mediante la adición de cuarenta centésimas de punto porcentuales al valor que represente el tipo básico de referencia que resulte aplicable a cada período de interés, tomando como tal el EURIBOR o interés que le sustituyera.

3º No obstante, en el apartado 4º de la citada cláusula tercera bis, bajo el epígrafe "límites de variabilidad del tipo de interés aplicables a la prestataria inicial", se indicaba:

"Las partes acuerdan que en todo caso el tipo resultante, de la revisión del tipo de interés aplicable sea éste el ordinario o sustitutivo no podrá ser inferior al TRES COMA VEINTICINCO POR CIENTO (3,25%) nominal anual ni superior al NUEVE COMA SETENTA Y CINCO POR CIENTO (9,75%) nominal anual".

4º En fecha 17 de diciembre de 2013, la entidad "Itaipu-Trade, S.L." presentó demanda en la que ejercitaba una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contra la entidad "Banco Pastor, S.A." (hoy, "Banco Popular, S.A."), en relación con la cláusula limitativa a la baja del tipo de interés, cuya anulación se postulaba argumentando, con cita de la STS de 9 de mayo de 2013, que nos hallamos ante una condición general de la contratación, no negociada individualmente sino impuesta unilateralmente por la entidad bancaria y en la que "bajo la aparente ficción, creada por el banco, de un préstamo hipotecario con interés variable, en el que en hipótesis el cliente puede beneficiarse de las posibles bajadas de tipo de interés se esconde un contrato a tipo fijo, que solo beneficia al banco, tanto ante posibles variaciones a la baja como al alza en el euribor, y en el que no existe reciprocidad ni bilateralidad alguna", incumpliendo así las previsiones de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en la doble perspectiva, por un lado, de la falta de transparencia y el engaño que se produce por parte de la entidad bancaria, al simular un contrato de préstamo hipotecario con interés variable y no dar a la cláusula suelo el verdadero carácter de condición esencial del contrato, enmascarándolo dentro del conjunto de cláusulas y simulando un contrato a interés fijo bajo la apariencia de un contrato a interés variable, y, por otra parte, desde la perspectiva del abuso y la falta de proporción o reciprocidad entre las partes.



5º La parte demandante acumula a esta acción de nulidad la pretensión de condena de la entidad financiera a devolver el importe que resulte de la diferencia entre las cuotas ingresadas, resultantes del tipo de interés aplicado realmente por el banco, y las cuotas que resultarían de aplicar el tipo de interés variable pactado sin la cláusula suelo desde el inicio de la vida del préstamo.

6º La entidad "Banco Pastor, S.A." se opone a la demanda sobre la base de diversos motivos que se alegan en cascada: primero, la cláusula discutida no es una condición general de la contratación, sino una estipulación dirigida a la concreción del precio que, por tanto, está expresamente excluida de la Ley 7/1998; segundo, es una cláusula transparente, asumida voluntariamente por el prestatario, que, debidamente informado y consciente de su contenido, la aceptó en el marco de una negociación individualizada; tercero, se trata de una cláusula admitida legalmente y que pretende establecer un equilibrio en la posición de las partes frente a los riesgos derivados de la fluctuación del tipo de interés; y, cuarto, subsidiariamente, para el caso de que se declarase la nulidad de la cláusula, se discrepa de la pretensión relativa a la devolución de las cantidades reclamadas al entender que dicha declaración no tendría efectos retroactivos, en aplicación de la doctrina fijada en la STS de 9 de mayo de 2013 .

7º Centrado así el debate, el Juzgado "a quo" trae a colación la STS de 9 de mayo de 2013 y sienta como premisas:

a) La actora "Itaipu-Trade, S.L." no ostenta la condición de consumidor, dado que su objeto es mercantil y no consta que el importe del préstamo se destinara a otro ramo o actividad diferente, por lo que no es de aplicación la normativa de protección a los consumidores.

b) La conocida como cláusula "suelo" es una condición general de la contratación, en los términos descritos en el art. 1 LCGC, al tratarse de una cláusula impuesta, no negociada individualmente, y destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos.

c) Aunque dicha cláusula forma parte del objeto principal del contrato, no constituye su elemento esencial, que está configurado por el préstamo a interés variable, por lo que puede ser sometida al control de transparencia entendido como control de incorporación ex arts. 5.5 y 7.1 LCGC, pero no al control de transparencia propiamente dicho ex art. 80.1 TRLGDCU.

d) Asimismo, al tratarse de un profesional/empresario, el control de contenido de la cláusula se limita al previsto en el art. 8.1 LCGC, es decir, a la posible vulneración de normas imperativas o prohibitivas, sin extenderse a lo dispuesto en el art. 82.1 TRLGDCU o al art. 8.2 LCGC.

e) En el supuesto enjuiciado, la actora concreta los motivos de nulidad de la cláusula en la existencia de un vicio del consentimiento, en la infracción de los arts. 9.2 y 10.2 LCGC en relación con el art. 1256 del Código Civil, y en la vulneración de la buena fe contractual y el equilibrio entre las prestaciones, con abuso de posición dominante por parte de la demandada.

8º Acto seguido, la sentencia analiza la particular situación litigiosa a la luz de los citados presupuestos y concluye que no se ha acreditado (ni intentado acreditar) la existencia de un hipotético vicio del consentimiento, ni en qué medida la cláusula suelo resulta contraria al estándar jurídico de la buena fe o causa un desequilibrio económico en la posición de ambas partes, ni, en general, la norma imperativa supuestamente vulnerada, por lo que, no siendo de aplicación la legislación especial de protección de los consumidores, única al amparo de la cual podría considerarse abusiva la cláusula, desestima la demanda.

Disconforme con esta resolución, la parte demandante interpone recurso de apelación, reiterando los argumentos ofrecidos en su demanda en el sentido de que la cláusula fue impuesta por la entidad bancaria, que abusó de su posición para forzar a la demandante a acceder a una estipulación no querida, así como que dicha cláusula vulnera el art. 1256 CC, incurre en falta de reciprocidad y no cumple el control de transparencia puesto que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se inserta conjuntamente con la cláusula techo como aparente contraprestación, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés, y 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 del cliente no se le ofertaron las mismas.

SEGUNDO.- El control de incorporación, de transparencia y de contenido en los contratos con condiciones generales.

La cuestión controvertida ya ha sido objeto de análisis en distintas resoluciones de esta Sala, como las Sentencias de 29 de noviembre de 2013 y 18 de junio de 2014 o el Auto de 25 de junio de 2014, por citar solo las más recientes.



La sentencia de 29 de noviembre de 2013 abordaba un supuesto similar al que nos ocupa tanto en lo que se refiere al hecho base, contrato entre empresarios, como en los razonamientos o motivos invocados para justificar la nulidad de la cláusula de limitación a la baja de la variación del tipo de interés pactado. En el FD 2º de la mencionada sentencia se indicaba:

"Como es bien sabido, desde los años setenta del pasado siglo se fue abriendo paso en Europa el control del contenido de los contratos en los que la libertad de los contratantes se veía menoscabada por la inclusión de contenidos abusivos por la parte más fuerte de la relación jurídica, especialmente en contratos de adhesión, consustanciales al proceso de estandarización contractual consecuencia del tráfico jurídico en masa de bienes y servicios.

Tal forma de legislar suponía una quiebra con los postulados del Derecho contractual plasmado en los textos de la época codificadora, reflejo de la mentalidad liberal que los inspiró, por lo que la tarea de implantar formas de control sobre el resultado de la autonomía negocial no resultaba sencilla. Se trataba, en general, de operar sobre dos ámbitos: la información suministrada al adherente y en establecer la ineficacia de las estipulaciones abusivas. En el contexto de la entonces Comunidad Económica Europea se tomó conciencia de que la publicación de normas divergentes en los Estados miembros comprometía los efectos del mercado único, al representar claramente un obstáculo para su desarrollo, por lo que resultaba imperativo la unificación normativa. En este estado de cosas se publicó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril (la Directiva, en adelante) cuyo inicial propósito, -quizás superado por recientes interpretaciones jurisprudenciales-, era el de aproximar las legislaciones sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A tal fin, en su art. 3, la Directiva define como "abusivas" las cláusulas contractuales no negociadas individualmente "si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", añadiendo en su apartado 2 que "se 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".

Nos parece también que es compartido por la comunidad jurídica que la Directiva, siguiendo el precedente marcado por las legislaciones italiana y alemana, introdujo un control de inclusión y un control de contenido. El primero (art. 5) alude a la claridad y comprensibilidad de la cláusula, estableciendo que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. El control de contenido, por su parte, (arts. 2, 3, 4 y 6) afecta a la validez intrínseca de la cláusula, definiendo su carácter abusivo, y se añade que podrán tener tal carácter las cláusulas contenidas en su anexo, que actúa a modo de "lista gris", permitiendo que los Estados introduzcan "listas negras" de cláusulas abusivas.

La opción seguida por el legislador español a la hora de transponer la Directiva fue doble, promulgándose una ley de condiciones generales de la contratación y, al propio tiempo, intensificándose el control mediante la introducción de unas normas específicas sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, modificando en su Disposición Adicional Primera la entonces vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ello ha obligado en nuestro ordenamiento a diferenciar entre condición general de contratación y cláusula abusiva, tal como propone la Exposición de Motivos de la LCG.

En el marco de este último texto legal ha de distinguirse, prima facie, de forma paralela a lo establecido en la Directiva, entre un control de incorporación y un control de contenido:

a) el control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato (arts. 5 y 7 LCG: información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla contra proferentem; nulidad de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles); sobre este control de incorporación se superpone un control adicional de transparencia, pero solo en relación con los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 y 81 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, TR en adelante).

b) el control de contenido afecta al significado de cada estipulación contractual de un contrato correctamente formado. De conformidad con lo dispuesto en el art. 8 LCG, "1. Serán 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. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", hoy 82 y ss. del TR.



En su consecuencia, la técnica del control de contenido fuerza a una tarea de depuración del contrato que comienza por eliminar la cláusula abusiva , y que continúa con la exigencia de una labor judicial activa de integración del contenido contractual, como alternativa a la inviabilidad del contrato, si aquella no pudiera llevarse a cabo. De la misma forma, el TJUE ha declarado, tras la sentencia BANESTO, que se opone al Derecho comunitario la norma nacional que faculta al juez a moderar el contenido de la cláusula declarada abusiva; el efecto del control ha de ser la expulsión pura y simple de la cláusula en cuestión (vid, sentencia BANESTO, TJUE 14 de junio de 2012 -Asunto C-618/10 -, que afirma: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva) .

Por tanto, y al margen de las críticas doctrinales o de consideraciones de lege ferenda , en el ordenamiento español vigente las técnicas de control de contenido por abusividad de las cláusulas se limitan a los contratos en los que intervenga un consumidor. Debe precisarse, en este sentido, que "consumidor", a efectos de la normativa interna y a diferencia de la Directiva, lo son las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Por tanto, sería posible utilizar la técnica del control de contenido por abusividad en los casos de relaciones entre profesionales cuando los adherentes adquieran bienes que no se relacionen directamente con su proceso productivo o con el giro o tráfico de su actividad. De este modo, si el sujeto actúa en "función empresarial", por reducido que pueda ser su ámbito frente al predisponente, quedaría fuera de la protección legal. Es esto lo que, como se verá, sucede en el presente caso.

Existen otras diferencias conceptuales entre el control de inclusión y el control de contenido que resultan de interés en el supuesto sometido a enjuiciamiento, como las partes han subrayado en sus escritos de alegaciones:

a) el control de contenido, en línea de principio, no afecta, en el sistema de la Directiva, (art. 4.2) 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 como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (vid. STS 18.6.2012). Ello sin perjuicio de que en sectores concretos de la contratación o incluso con carácter general, una legislación nacional pueda extender el control de contenido a estos casos, al tratarse de una directiva de mínimos. (vid. STJUE 3.6.2010). Las cláusulas suelo, en afirmación de la STS 9.5.2013 , forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato. Por tanto, como regla general, no son susceptibles de control de contenido, aunque sí pueden someterse al "doble control de transparencia" que describe el fundamento jurídico undécimo de la sentencia mencionada.

b) sin embargo, el control de incorporación o de transparencia tiene sentido precisamente respecto de estos elementos esenciales, principales o básicos del contrato. Sobre esto se pronuncia extensamente, se repite, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013 (párrafos 205-215).

En consecuencia, el control de incorporación o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales, no sólo a aquéllos en los que intervengan consumidores; el control de transparencia afecta a los contratos con consumidores, y ambos pueden afectar a las cláusulas que definen elementos esenciales del contrato; y el control de contenido no puede afectar a los elementos esenciales del contrato y desde la perspectiva del análisis de la abusividad de las cláusulas solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores, tengan o no condiciones generales."

La primera conclusión que se desprende de lo expuesto es que, como sostiene la sentencia de instancia, hay que examinar cual es el elemento subjetivo de la relación contractual: en función de que estemos ante un contrato entre empresarios o entre un empresario y un consumidor o usuario, la normativa y los controles a aplicar son distintos:

- en el caso de contratos entre un profesional y un consumidor, es de aplicación tanto la Directiva 93/13, de 5 de abril, como la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de forma que

o tratándose de cláusulas que no se refieran al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución, de un lado, y el bien o servicio que se proporciona como contrapartida, despliegan todos sus efectos los controles de incorporación, transparencia y contenido;



o tratándose de cláusulas referidas al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio, están sujetas a los controles de incorporación y transparencia, y solo en el caso de que no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible en esa doble acepción, quedarán sujetas al control de contenido.

- en el caso de contratos entre profesionales, las normas aplicables son los arts. 5, 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre el control de incorporación y el límite de las normas imperativas y prohibitivas, y las disposiciones generales de la contratación del Código Civil, incluyendo la posible vulneración de principios contractuales como la buena fe o el equilibrio de prestaciones.

Para situar correctamente los términos del debate es preciso, pues, aclarar el elemento subjetivo del contrato (si estamos o no ante consumidores) y la naturaleza de la cláusula discutida (si conforma o no una condición general de la contratación).

En cuanto al primer extremo, lo cierto es que la propia demandante ha aceptado desde el primer momento que carece de la condición de consumidor, al menos en lo que a la relación discutida se refiere, esto es, la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que procede estudiar si la cláusula "suelo" constituye una condición general de la contratación, a los efectos de determinar la normativa de aplicación.

TERCERO.- La cláusula "suelo" como condición general de la contratación.

La mercantil "Banco Pastor, S.A." no cuestiona que la cláusula controvertida tenga carácter contractual, ni que se trate de una cláusula destinada a ser incluida en una pluralidad de contratos, sino que centra la discrepancia en que tales estipulaciones no pueden ser calificadas como condiciones generales de la contratación porque su incorporación al contrato, lejos de ser impuesta por ninguna de las partes, deviene fruto una negociación precontractual y libremente aceptada con pleno conocimiento de su contenido y efectos.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece en 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 insertadas, 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.

En el caso estudiado, la parte demandada acepta la concurrencia tanto del primero de los requisitos como del cuarto, sin que tampoco suscite duda alguna el relativo a la "predisposición" porque, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables". El debate se centra, pues, en determinar si se trata de cláusulas "impuestas".

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"*.

Y el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que *"[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente..."*

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 a 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"*.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Podría discutirse si es necesario que el adherente asuma la iniciativa o, al menos, a adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del art. 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (cfr. la STS de 20 de noviembre de 1996), carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas *"no negociadas individualmente"*.

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTS de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como el resultado de la prueba practicada en el supuesto de que se trate.

Es verdad que el art. 1 LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas, pero, como destaca la STS de 9 de mayo de 2013, dicha previsión, expresamente recogida en el art. 1 del proyecto, fue suprimida por entender que la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba, por lo que, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, cabe dar por probado que *"las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente"*.

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que la cláusula discutida integra el concepto de condición general de la contratación.



De entrada, la lectura de la estipulación evidencia que estamos ante una cláusula que no solo se incorpora en un contrato, sino que ha sido redactada de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente haya podido influir en su contenido, por más que la haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha.

La redacción literal de la cláusula no recoge concesión alguna a la posición del prestatario. Es, pues inverosímil que, atendido el tenor literal de la misma, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real.

Si a ello se une, de un lado, la norma general sobre la disponibilidad y la facilidad de la prueba (art. 217.6 LEC) y la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la demostración de los hechos negativos, y, de otro, el testimonio prestado en la vista por los testigos D. Jenaro y D. Mariano (director y apoderado, respectivamente, de la oficina bancaria que tramitó el préstamo), que coincidieron en que la cláusula suelo era innegociable, de manera que no se concedían préstamos sin la mencionada cláusula, hasta el punto que, aunque al representante legal de la demandante no le parecía bien dicha cláusula, no tuvo más remedio que firmarla, es forzoso concluir que la cláusula en cuestión ha sido "impuesta" (en el sentido anteriormente apuntado), máxime si a mayores tenemos en cuenta que la demandada, a quien incumbía acreditar que había sido negociada individualmente, no solo no lo ha hecho sino que ni siquiera lo ha intentado, absteniéndose de proponer prueba al respecto, por lo que, reuniendo los demás requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, podemos afirmar que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, a los efectos del art. 1 LCGC y, por ende, a los efectos de determinar la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

CUARTO.- La aplicación del art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación a las cláusulas litigiosas.

La Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, aclara un concepto no por sabido menos importante: no cabe identificar condición general de la contratación, por más que sea prerredactada e impuesta, con cláusula abusiva, o, en otras palabras, las condiciones generales no son por sí ilícitas ni abusivas, sino que lo serán en la medida en que incurran en los supuestos legalmente previstos.

Como proclama la Exposición de Motivos, una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. En cambio, cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Y a continuación se insiste: *"Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas".*

Como venimos exponiendo, es hecho consentido que la parte demandante no ostenta la condición de consumidora, y que el contrato, por su propia naturaleza, va dirigido a la financiación de su actividad empresarial, por lo que no le es de aplicación la normativa especial de protección de los consumidores y usuarios, en particular el Texto Refundido ni la normativa previgente. Igualmente, se ha explicado que estamos en presencia de una condición general de la contratación.

Estas afirmaciones, en línea con lo razonado anteriormente, permiten ya anticipar dos conclusiones:

- a) que mientras el control de incorporación en su primer grado resulta plenamente aplicable, no sucede lo mismo con lo que la jurisprudencia denomina "control de transparencia", limitado a los contratos con consumidores; y,
- b) que el control de contenido no puede extenderse a los supuestos de abusividad de las cláusulas contractuales previsto en la legislación especial de consumidores y usuarios. Por tanto este control debe



detenerse en el análisis, dentro del ámbito del art. 8.1 LCG, de la posible vulneración por la cláusula constitutiva de condición general de la contratación de leyes imperativas o prohibitivas.

QUINTO.- El control de contenido de la cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad prestamista y un empresario persona jurídica.

La estipulación objeto del litigio figura incluida en la cláusula tercera bis, bajo la mención en negrita "tipo de interés variable". Tras fijar en la cláusula anterior un interés fijo para el primer período anual del 3,25%, se pacta que, durante el segundo y sucesivos períodos, el tipo de interés aplicable se determinará mediante la adición al Euribor de 0,40 puntos porcentuales. Y en el apartado 4 de la citada cláusula tercera bis, con el epígrafe, también en negrita, se dice: "*Las partes acuerdan que en todo caso el tipo resultante, de la revisión del tipo de interés aplicable sea éste el ordinario o sustitutivo no podrá ser inferior al TRES COMA VEINTICINCO POR CIENTO (3,25%) nominal anual ni superior al NUEVE COMA SETENTA Y CINCO POR CIENTO (9,75%) nominal anual*".

Una cláusula como la que se acaba de transcribir, en sí misma considerada, no constituye una cláusula nula en la medida en que no infringe ninguna norma imperativa o prohibitiva. Ni siquiera es preciso que la cláusula suelo lleve acompañada una cláusula techo (vid. párrafos 255 y ss. STS 9 de mayo de 2013). Otra cosa será que en las concretas circunstancias la cláusula se haya ocultado al contratante y, en consecuencia, no supere el control de incorporación o que en su contenido, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes, pueda vulnerar norma imperativa. Pero, como dijimos más arriba, al afectar la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, aunque pudiera quedar sometida al control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores.

La parte apelante alega que la cláusula suelo combatida no supera el control de incorporación pues no ha existido información suficiente ni clara sobre la misma, sin que conste la existencia de simulaciones de escenarios diversos ni que se informara de manera previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo, insistiendo en que la cláusula debe ser declarada nula por no ser negociada previamente.

El motivo parte de una interpretación sesgada de la STS de 9 de mayo de 2013.

La referida sentencia señala que, en materia de transparencia a efectos de incorporación al contrato, las condiciones generales sobre tipos de interés variable como la que nos ocupa, cumplen las exigencias para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben con profesionales y empresarios, como con consumidores (apartados 202 y 203).

A partir de ahí la STS 9 mayo 2013 examina el control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores, y en estos casos añade un control de comprensibilidad real de las cláusulas negociadas, de su importancia en el desarrollo del contrato, pero nada específica respecto de las condiciones generales en contratos con no consumidores, por lo que no es de aplicación al caso las exigencias de transparencia que invoca la parte apelante, concretamente las recogidas en el apartado 225 de la meritada sentencia.

En el ámbito de la contratación privada, aún en el marco de condiciones generales, fuera del ámbito de mayor protección del consumidor, la falta de conocimiento de alguna cláusula, el engaño, la falta a la buena fe contractual, o cualquier otro obstáculo a la correcta contratación exigen la adecuada prueba. Cuando las cláusulas contractuales a pesar de ser reflejo de condiciones generales de la contratación, están adecuadamente expresadas en el contrato y, como es el caso, no tienen especial complejidad, figurando dentro de la concreción del interés aplicable, cualquier error sobre la misma o defectos de información, difícilmente pueden atribuirse a la parte proponente cuando se encuentran en el ámbito de control y conocimiento del adherente para su correcto entendimiento.

Procede, por tanto, rechazar la aplicación del art. 8.1, en relación con los arts. 5 y 7, de la Ley 7/1998, de 13 de abril.

SEXTO.- La sujeción de la cláusula suelo a las normas generales de la contratación.

Una vez descartada la pretendida vulneración de los requisitos de incorporación al contrato de la condición general estudiada, el problema se reconduce al examen de su conformidad con la normativa general del Código Civil, y, más concretamente, de los principios y preceptos apuntados por la parte recurrente.

1º Vicios del consentimiento.

En primer lugar, la actora alude a la existencia de vicios del consentimiento, si bien en unas ocasiones parece poner el acento en el error y en otras en el dolo o maquinación engañosa por parte de la entidad bancaria.

Sin embargo, como sostiene la sentencia recurrida, la repetida invocación no se desarrolla ni, menos aún, se propone prueba alguna encaminada a demostrar que el legal representante de "Itaipu-Trade, S.L.", al suscribir el contrato, desconocía lo que firmaba o el contenido de las obligaciones que asumía, o, simplemente, actuaba



en la creencia, propiciada por el banco, de que se trataba de un mecanismo de protección frente a variaciones del tipo de interés, como tampoco que hubiera una manipulación por parte del prestamista para inducirle a realizar una operación que realmente no quería formalizar.

Antes al contrario, los dos testigos Sres. Jenaro y Mariano fueron contestes en la reticencia del Sr. Valeriano a admitir la cláusula, precisamente porque era consciente de los efectos económicos que podían derivarse.

Un profesional medio, normalmente informado y razonablemente cuidado y atento, hubiera podido conocer no solo la existencia de un límite mínimo por debajo del cual no iba a reducirse el tipo de interés, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación de dicho límite mínimo para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo.

Y aquí no existe circunstancia alguna que lleve a pensar que no fue así.

2º Vulneración de los arts. 1256, 1266 y 1279 del Código Civil.

Bajo esta mención sostiene el recurrente que la cláusula en cuestión supone que uno de los contratantes queda facultado para fijar de modo unilateral la vida del contrato. El motivo discurre en el plano teórico, sin referencia concreta al supuesto sometido a enjuiciamiento, confunde las dos técnicas de control de las condiciones generales, y a la vez introduce mecanismos de control propios de las cláusulas abusivas en contratos de consumidores.

Efectivamente, se trata de un principio básico del derecho de contratos el que prohíbe el arbitrio unilateral, pero no se ve qué conexión presenta tal prohibición con la cláusula suelo, una vez aceptado que ésta plasma un acuerdo de voluntades sobre un elemento esencial del contrato. El contenido del contrato, en su objeto principal y en un elemento complementario en la determinación del interés, establece que la regla general del índice de referencia no puede ser inferior al 3,25%; no se deja al predisponente la determinación a su arbitrio de cuál sea ese límite mínimo del tipo, sino que se fija de forma clara y terminante, por lo que la norma invocada no se vulnera.

3º Nulidad por vulneración de la buena fe.

La buena fe objetiva constituye un modelo abstracto, un estándar de conducta leal en el tráfico jurídico, que precisa de un ulterior desarrollo concreto que precise las consecuencias implícitas y explícitas de la norma contractual. El precepto ha sido desarrollado en la normativa específica de protección de los consumidores, que venimos repitiendo no resulta aplicable para resolver el caso sometido a enjuiciamiento.

Pero aun admitiendo la buena fe como principio general del Derecho de contratos, determinante de la ineficacia de una cláusula contractual que no la respeta, lo que habrá que concretarse es en qué medida la estipulación en cuestión resulta contraria a aquél estándar jurídico, argumentación que no contiene el motivo, más allá de consideraciones generales sobre la lealtad contractual. La desigualdad entre las partes es intrínseca al contrato con condiciones generales y en la medida en que afecte a un consumidor, la legislación intensifica el control de contenido, fuera por tanto del ámbito del presente litigio. Repetimos una vez más que la cláusula suelo en sí misma no es contraria a la buena fe, tal como ha apreciado el TS, en línea, por ejemplo, con lo sostenido por el informe del Banco de España, remitido al Senado el 27.4.2010.

4º Desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

El argumento es reiteración de los anteriores y merece, por tanto, la misma respuesta. Una cláusula como la que ocupa no supone por sí misma una estipulación que cause un desequilibrio económico, afirmación que no puede realizarse aisladamente, sino en consideración a todo el contenido contractual y a la causa misma del contrato. El razonamiento que apoya el motivo peca una vez más de falta de concreción a las circunstancias del caso, perdiéndose en invocaciones genéricas apropiadas si el contrato hubiera sido concertado por un consumidor, pero inanes si de lo que se trata es de realizar el control de contenido de un contrato entre empresarios.

La cláusula suelo objetiviza, contrariamente a lo que sostiene la parte, el coste financiero del préstamo, que se convierte en préstamo con interés fijo si se cumple la condición, afectando a un elemento esencial del contrato. También hemos señalado anteriormente que, tal como afirma la STS de 9 de mayo de 2013, la cláusula suelo por sí misma no puede entenderse como una estipulación que cause desequilibrio económico a las partes del contrato, ni siquiera en los casos en los que no vaya acompañada de cláusulas techo. Lo que debería argumentarse en el caso concreto es en qué medida el banco se garantiza unos ingresos mínimos, al margen de la coyuntura del mercado, que resultan desproporcionados con el resto de estipulaciones del contrato en relación con la finalidad a que normalmente dicha estipulación atiende (recuperación de costes de producción y mantenimiento del rendimiento mínimo de las operaciones).



5º Nulidad por abuso de posición dominante.

La queja se fundamenta en la cita de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, que, como es bien sabido, tal como razona la sentencia recurrida, carece de valor normativo autónomo.

En la medida en que el motivo se limita a exponer una construcción doctrinal, sin el menor soporte en hechos concretos, la Sala no encuentra razones para rebatir un razonamiento que carece de consecuencias prácticas.

El rechazo de los motivos alegados por el recurrente impone la desestimación del recurso.

SEPTIMO.- Costas procesales.

La desestimación del recurso comporta la imposición al recurrente de las costas de esta alzada (art. 398 LEC).

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

LA SALA ACUERDA:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Cabido Valladar, en **no** mbre y representación de la mercantil "ITAIKU TRADE, S.L.", contra la sentencia dictada en fecha 28 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad.

Se imponen a la recurrente las costas de esta alzada.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen. Doy fe.