



Roj: **SAP ZA 157/2015 - ECLI:ES:APZA:2015:157**

Id Cendoj: **49275370012015100157**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2015**

Nº de Recurso: **284/2014**

Nº de Resolución: **89/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

ZAMORA

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN Nº 284/14

Nº Procd. Civil : 11/14

Procedencia : Primera Instancia de Zamora nº 2

Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 89

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente

D. JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

D^a. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En la ciudad de ZAMORA, a 21 de mayo de 2015.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento Ordinario nº 11/14, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 2 de Zamora , RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 284/14; seguidos entre partes, de una como *apelante* **BALTASAR MORALEJO E HIJOS, S.R.L.** , representada por el Procurador D. MARIANO LOBATO HERRERO , y dirigida por el Letrado D. JOSÉ ANTONIO TEJEDOR BALADRÓN , y de otra como *apelado* **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** , representado por el Procurador D. JUAN MANUEL GAGO RODRÍGUEZ y dirigido por la Letrada D^a. M^a JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ , sobre nulidad de cláusula contractual.

Actúa como Ponente, el lltmo Sr. **D. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º 2 de Zamora, se dictó sentencia de fecha 5 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Mariano Lobato Herrero en nombre y representación de Baltasar Moraleja e Hijos S.R.L., contra Banco Popular Español S.A., absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la demanda, con imposición a la actora de las costas causadas."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día *19 de marzo de 2015* .

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia objeto de recurso desestimó la demanda formulada por la representación procesal de Baltasar Moraleja e Hijos, S.L.y rechazó las pretensiones de dicha parte para que se declarara la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés contenida en los contratos de préstamo suscritos en fechas 1.12.2004, 21.1.2005 y 27.3.2008 con el Banco Popular.

Dicha Sentencia es recurrida por dicha demandante alegando: 1) Error en cuanto a la aplicación de la normativa reguladora de las Condiciones Generales de la contratación y 2) Error en la valoración de la prueba en relación con el error en el consentimiento, nulidad de la cláusula suelo y sus consecuencias.

Por su parte la apelada mantiene la corrección de la Sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos e insiste en las alegaciones contenidas en la contestación a la demanda.

SEGUNDO .- Como se señala en la sentencia objeto de recurso y se asume en el propio escrito de recurso, nos encontramos en un supuesto en el que la prestataria es una persona jurídica y los préstamos se contrataron para financiar la actividad mercantil de la misma y, por ello, carece de la condición de consumidora, lo que implica que no resultan de aplicación las normas relativas a la regulación de derechos y garantías de los consumidores (LGDCU), ni la Jurisprudencia relativa a la contratación en relación con los consumidores y usuarios y la abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos que se suscriben entre un profesional y un consumidor, como por ejemplo la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 , salvo en cuanto a la definición de diferentes conceptos que en la misma se contienen.

En este sentido, y como ya tiene dicho esta Sala en Sentencias como la de 12 de febrero de 2015 , debe ponerse de manifiesto que la LCGC resulta de aplicación tanto para personas físicas como para personas jurídicas, al ser definido su ámbito de aplicación subjetivo en su artículo dos, en el que señala que la ley resultará de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional y una persona física o jurídica, adherente, actuando esta última en el ámbito de su actividad profesional empresarial o no.

En dicha norma, se definen las condiciones generables de la contratación como **aquellas cláusulas predisuestas 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** .

Teniendo en cuenta esta definición, el Juzgador de instancia se plantea como primera cuestión la de determinación de si las cláusulas incorporadas a los contratos a que hace referencia este procedimiento, tienen la naturaleza jurídica de condiciones generales de la contratación, para llegar a la conclusión de que no, en atención a que no se ha acreditado por la parte actora que no se tratara de cláusulas negociadas individualmente, y corresponder a dicha parte dicha acreditación.

Esta Sala, sin embargo no asume dicha fundamentación y así lo ha venido exponiendo en distintas resoluciones dictadas a lo largo de estos últimos meses, en supuestos similares a éste, es decir, contrato de préstamo suscrito entre una entidad bancaria y una persona jurídica en los que se habían incorporado cláusulas limitativas del interés variable. En todos esos supuestos veníamos a señalar que siendo cierto que, al no estar en presencia de consumidores, no resultaba de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y lo dispuestos en el artículo 10bis de la Ley 26/1984 a la que se remite, por lo que no rige la presunción de la consideración de predisuestas de las cláusulas y la inversión de la carga de la prueba, sin embargo la exigencia de la prueba para el adherente implicaría la prueba de un hecho negativo, debiéndose de tener en cuenta la regla de la facilidad probatoria que concurre en la entidad

bancaria. En este caso, dicha entidad propuso prueba testifical a cargo de personal al servicio de la misma, cuya eficacia probatoria ya hemos analizado también en otras resoluciones y documental con la aportación de otro contrato de préstamo de la misma fecha que uno de los que son sometidos a cláusula suelo y en el que no se pactó la misma, pero este no puede ser un elemento al que deba darse la eficacia de acreditar que se habían negociado individualmente las cláusulas de las que tratamos, porque se trata de un contrato especial en convenio con el ICO y, por tanto, sometido a condiciones específicas.

Concluiremos en el sentido de considerar que las cláusulas de las que tratamos son condiciones generales de la contratación, al no constar la negociación individualizada de las mismas, puesto que incluso teniendo en cuenta que el tipo mínimo es diferente en los dos primeros contratos y en el último de ellos, nos hallaríamos en el supuesto previsto en el punto 2 del artículo 1 de la Ley de condiciones Generales de la Contratación, es decir, la posibilidad de negociación individual de ciertos elementos del contrato.

TERCERO. - Sin embargo, esta Sala comparte el resto de los argumentos contenidos en la Sentencia y que dan lugar a la desestimación de la demanda.

En este sentido partiremos de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo (sentencia de 9 mayo 2013) que venimos citando y que resulta de aplicación para los contratos suscritos por un profesional y una persona jurídica que los concierta para obtener financiación para su actividad empresarial es decir, que si estamos en el ámbito de las condiciones Generales de la Contratación, la cláusula de que tratamos, aunque incida en un elemento esencial del contrato como es el precio, es una condición general de la contratación y, por ello, debe estar sometida al control a que se refiere precisamente en el artículo cinco de la LCGC, aunque no resulte de aplicación la normativa protectora de los derechos de consumidores y usuarios.

En definitiva habremos de estar a los preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a la hora de analizar si concurre causa de nulidad de la misma, debiéndose rechazar de plano cualquier alegación en relación a la proporcionalidad o desequilibrio, por haberlo rechazado expresamente la Jurisprudencial del Tribunal Supremo, por estar entre estipulaciones que afectan a un elemento esencial del contrato. Y no debemos olvidar que el Tribunal Supremo ha considerado que este tipo de cláusulas son lícitas.

Inicialmente deberemos analizar si la cláusula pasa los controles de incorporación a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la contratación, vigente en el momento de formalizarse los contratos de que tratamos, es decir, que el adherente acepte su incorporación al contrato y que sea firmado por todos los contratantes., lo que exige la previa información al adherente de la existencia de la misma, la previa entrega de un ejemplar de las mismas y una redacción transparente, clara, concreta y sencilla. Esta reglamentación se completa con lo que se dispone en el artículo 7, que regula los supuestos de no incorporación, haciéndose referencia a las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato o que no hayan sido firmadas y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo en cuanto a estas últimas, que hayan 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 este caso concreto, como en otros muchos que se nos plantean, no existe constancia del momento en que la entidad Bancaria entregó al adherente un ejemplar del contrato, pero si de que éste plasmó su firma en él y ha aceptado todo su contenido salvo lo relativo a esta cuestión. La firma del contrato por parte del Administrador de la Entidad demandante implica inicialmente la aceptación del mismo y el conocimiento de su contenido y, no puede alegarse que no haya tenido la oportunidad real de conocer todo el contenido del contrato, de manera completa, en el momento de su celebración. En concreto en cuanto a la cláusula de la que tratamos, en los contratos, en su primera página en la que se especifican las condiciones, cuando se hace referencia a la modalidad de liquidación y amortización y cuando se establece que se trata de una operación a tipo variable, se hace referencia a que existe cláusula adicional anexa al contrato y es en esa cláusula adicional en la que se determina que no obstante lo establecido en esa y en las condiciones anteriores el tipo de interés mínimo de interés anual nominal es el del 2,5% en los dos primeros contratos y el 4,5% en tercero. Estamos pues, ante una estipulación adicional del contrato a la que se hace referencia en la primera página del mismo y que está redactada de modo claro, conciso y sencillo lo que permite su comprensión.

Esto implica, que no estamos ante un supuesto de no incorporación, al no darse ninguno de los supuestos del artículo 7 y, tampoco concurren las causas de nulidad previstas en el artículo 8. **NO** estamos ante cláusulas ilícitas o contrarias a la Ley, como ha señalado el Tribunal Supremo, ni ante contratación con consumidores como prevé el punto 2 del mismo precepto legal.

CUARTO .- Nos faltaría de analizar la posibilidad de la concurrencia de nulidad por falta de uno de los elementos del contrato, como es el consentimiento y que se alega como motivo de recurso, al igual que en la demanda.



A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido el error invalidante y los requisitos del consentimiento, concretándose en los siguientes: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial; b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su voluntad y conocimiento por tal conducta; c) que todo ello determine la celebración del contrato; d) que sea grave; y e) que no se hayan causado por tercero, ni empleado por las dos partes contratantes, a los que debe añadirse que el error sea excusable, es decir, que no pudiese ser evitado mediante una diligencia media (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991 , 21 de mayo de 1997 y 29 de diciembre de 1999) y que exista una cumplida prueba de la existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a la parte que los alega (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 y 30 de mayo de 1995).

A estos efectos y, además de que esa cumplida prueba, de la existencia del vicio en el consentimiento, no se ha producido a instancia de la demandante, debe incidirse en la excusabilidad del error alegado por la entidad demandante, es decir de la concurrencia de la diligencia exigible por su parte, que debe relacionarse con la diligencia media exigible en las mismas circunstancias y debe adecuarse al criterio de la buena fe contractual. En este sentido debe diferenciarse este supuesto de todos aquellos en los que nos encontramos ante productos financieros complejos, en los que una falta de información complementaria es imprescindible para comprender las consecuencias jurídico y económicas de la contratación, porque en este caso la cláusula de la que tratamos es sencilla y de fácil comprensión, por lo que su aceptación no exige otros conocimientos que su propio contenido y por la demandante no puede alegarse la concurrencia de vicio de consentimiento en tanto en cuanto nos encontramos ante una persona que actúa mediante su Administrador que lo es o lo ha sido de otras sociedades y que está habituado a la negociación y suscripción de contratos de préstamo para la realización de las actividades empresariales.

QUINTO .- Lo anteriormente expuesto conduce a la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la Sentencia objeto de recurso, con imposición a la recurrente de las costas, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de enjuiciamiento Civil , porque no puede apreciarse la concurrencia de dudas de hecho o de derecho que puedan justificar la no imposición, como hemos resuelto en anteriores ocasiones en casos similares al presente.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BALTASAR MORALEJO E HIJOS, S.R.L. contra la sentencia dictada en fecha 5 de septiembre de 2014, por el Magistrado Juez de Primera Instancia número dos de esta ciudad , en Autos de los que dimana el presente rollo, debe confirmarse la referida resolución, con imposición de las costas a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra ella sólo cabe recurso de casación por interés casacional y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.