



Roj: **SAP O 593/2016 - ECLI:ES:APO:2016:593**

Id Cendoj: **33044370062016100079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **07/03/2016**

Nº de Recurso: **61/2016**

Nº de Resolución: **76/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00076/2016

RECURSO DE APELACION (LECN) 61/16

En OVIEDO, a siete de Marzo de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidente, D. Jaime Rianza García y D^a Marta M^a Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA Nº 76/16

En el Rollo de apelación núm. 61/16, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 128/15 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Piloña, siendo apelante **CAJA RURAL DE ASTURIAS**, demandada en primera instancia, representada por el Procurador DON MANUEL SAN MIGUEL VILLA y asistida por el Letrado DON IÑIGO MARTINEZ GONZALEZ; y como parte apelada **DON Roque Y DOÑA Sandra**, demandantes en primera instancia, representados por el Procurador DON IGNACIO DIAZ TEJUCA y asistidos por el Letrado DON DAVID GONZALEZ LABRADOR; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidente, Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Piloña dictó Sentencia en fecha 29 de Octubre de 2015 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D. Roque y D.^a Sandra contra CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDIT y, en su virtud, declaro la nulidad por abusiva de la estipulación 3^a Bis, "tipo de interés variable" cuando dice: "Se establecen unos límites de variación del tipo de interés entre un máximo del 15% y un mínimo del 4%, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 7 de septiembre de 2010, que vincula a ambas partes y condeno a la entidad financiera a eliminar la cláusula transcrita, quedando subsistente el resto del contrato. Asimismo condeno a la demandada a reintegrar a los actores la totalidad de los excesos de pago, por aplicación de la cláusula nula, que abonaron desde el 9 de mayo de 2013 hasta que la entidad demandada cese en esa aplicación. El total de los excesos devengará desde hoy y hasta el completo pago, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, con imposición de costas a la entidad demandada."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 2-3-2016.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda en la que los actores, en base a la legislación del consumo y la de condiciones generales de contratación, solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula suelo contenida en la Escritura de préstamo hipotecario y constitución de hipoteca, suscrita con la entidad financiera demandada en fecha 17 de septiembre de 2010, acordando por ello el reintegro de las cantidades cobradas en su aplicación desde el 9 de mayo de 2013, como se solicitaba en la misma, en base a la doctrina contenida al respecto en las SSTS de pleno de 9 de mayo de 2013 y, la mas reciente, de 25 de marzo de 2015 .

Recorre tal pronunciamiento la entidad financiera demandada en cuyo escrito de interposición el principal motivo se dirige a impugnar la cualidad de **consumidores** en los actores apreciada en recurrida, en base a invocar la existencia de un doble error tanto en la valoración de la prueba como de interpretación de la propia norma jurídica y jurisprudencia que acota ese concepto de **consumidor**.

Se argumenta en su apoyo que el concepto de **consumidor**, legal y jurisprudencialmente viene delimitado por el destino o uso ultimo dado a los bienes adquiridos con el importe del préstamo, y en este caso dada la profesión de camareros que ambos actores ostentan la adquisición de un local y su acondicionamiento claramente indican que el destino del préstamo lo fue para una actividad profesional, la misma además que ejercen los actores, autónomos, de explotación de un negocio hostelero.

El motivo se acoge. Ello es así porque esta Sala tiene declarado con absoluta reiteración, en doctrina que recoge entre otras la reciente sentencia 44/2016 de 15 de febrero próximo pasado, que el TS interpretando el concepto de **consumidor** contenido en el artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio , ha venido atribuyendo la condición de **consumidor**, ya desde su inicial sentencia de 15 de diciembre de 2005 " *no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico.*" Doctrina equiparando el concepto de "destinatario final" en sentido restrictivo con "el consumo familiar o domestico" o con el "mero uso personal o particular", reiterada, ya con la vigencia del Texto Refundido aprobado por el RDLegisivo 1/2007, que era el vigente en la fecha de suscripción del contrato y con referencia expresa a la jurisprudencia vinculante del TJUE, en la sentencia del Alto Tribunal de 18 de junio de 2012 .

De tal doctrina tanto del TS como del TJUE, recogida en la misma, resulta que legalmente el concepto "**consumidor**" se identifica con la vía por la cual los productos y servicios llegan definitivamente hasta el ámbito familiar o domestico, saliendo para siempre del mercado, lo cual le distingue de otros sujetos que intervienen en el trafico, como empresarios o/y profesionales, que aunque también "consumen" en un sentido material o físico bienes y servicios lo hacen empleándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación de servicios a terceros .

Pues bien en este caso de la prueba documental obrante en autos resulta que la profesión de los actores es la de camareros, que Doña Sandra ejerce en forma autónoma, esto es como profesional independiente, constando igualmente en La Escritura de préstamo hipotecario que el destino del préstamo no es solo la compra de un local comercial, sino que una parte relevante de su importe está destinada a acometer las obras de acondicionamiento para la explotación de una actividad, como lo evidencia el hecho de que se condicionan los plazos de entrega a la expedición de certificación de obra de adecuación del local y concretamente los últimos 12.000€ a la obtención de licencia de actividad del local.

De ello resulta claramente que el destino del préstamo lo fue el desempeño de una actividad empresarial, y no particular o domestico, lo que excluye, por cuanto se razono previamente, que los citados puedan ser reputados **consumidores** a los efectos debatidos.

SEGUNDO.- Esa no condición de **consumidores** en los actores, impide pueda reputarse abusiva, la cláusula suelo litigiosa, no solo en base a la legislación del Consumo que aquí es inaplicable, sino tampoco por el mero hecho de que la misma esté recogida en una condición general incluida dentro de un contrato que se afirma fue de adhesión sin existencia de negociación individual.

Ello es así porque en el propio preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación ya se recoge la distinción entre cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de contratación y se afirma textualmente que "*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 que ser abusiva. 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*" .



Consecuencia de esa distinción es que el Art. 8 de la misma ley, en su apartado 1, aplique a este ámbito de las condiciones generales, que cumplen los requisitos que para su incorporación al contrato exige el Art. 7 de la misma, las causas de nulidad previstas en la regulación común o general del Código Civil, (Art. 6 y 1.255) de modo que la sanción de nulidad solo es procedente cuando las mismas contravengan normas imperativas o prohibitivas, limitando en su apartado 2 la sanción de nulidad basada en la abusividad a la contratación con **consumidores**.

Que la normativa especial de protección de **consumidores** y usuarios o, lo que es lo mismo en este caso la nulidad fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual no es aplicable a quienes no ostentan la cualidad de **consumidores**, es extremo que igualmente resulta del propio ámbito de aplicación que, al TRLGDCU otorga su Art. 2, limitado a las "relaciones entre **consumidores** o usuarios y empresarios", y de la definición que en su Art. 82.1 se da al concepto de cláusula abusiva.

La nulidad de una condición general en contrato no concertado con **consumidores**, como es el caso, sigue así el régimen común o general del CCivil, con la consecuencia de que tal sanción no deriva sin más de estar inserta en un contrato de adhesión.

Esta inclusión, una vez cumplidos los requisitos de incorporación del Art.7, no determina por si solo pierda sin mas su naturaleza o carácter contractual y la fuerza vinculante propia de todo pacto libremente asumido en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de ahí que cualquier error que se invoque existente o defectos de información, no podría oponerse como inexcusable atribuyéndose a la parte proponente, al encontrarse en el ámbito de control y posible conocimiento del adherente para su correcto entendimiento empleando una diligencia media que le es exigible.

Además de ello, que ese primer control de transparencia a efectos de incorporación, lo cumplen cláusulas suelo como la litigiosa, es extremo reconocido con carácter general en la conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, (apartados 202 y 203 de la misma).

En este caso los requisitos de incorporación exigidos en el Art. 5 y 7 de la LCGC, concurren al tener la litigiosa una redacción concreta, clara y sencilla, que a diferencia de otros supuestos, no aparece enmascarada dentro de una abundancia de datos y formulas bancarias que dificulten la percepción por los prestatarios de su relevancia económica como elemento definidor de la importancia económica que la misma iba a tener en las obligaciones de tal naturaleza asumidas por los mismos, antes al contrario, por su propia redacción y ubicación no pudo pasar inadvertida para los demandantes, y con ello el hecho de que al préstamo hipotecario suscrito le era aplicable un tipo de interés mínimo remuneratorio de forma que la variabilidad solo jugaba por encima del mismo.

Ello es así porque aun cuando aparece inserta dentro de la estipulación tercera, referida a los tipos de intereses ordinarios lo hace como un apartado específico, al final de la misma, con arreglo a la cual "se establecen unos límites de variación del tipo de interés, entre un máximo del 15,00% y un mínimo del 4,00%", revistiendo por ello su redacción de la claridad y sencillez suficiente, para poder ser conocida por los prestatarios y por ello tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual, todo lo cual lleva a concluir, que no es posible afirmar en este caso éstos se hubiera formado una representación equivocada, por causa imputable a la entidad financiera demandada, sobre una de las cualidades esenciales del préstamo, cual el precio de la operación, desconociendo concretamente que este estaba sometido a un tipo de interés remuneratorio mínimo, debiendo por ello concluirse su validez y eficacia vinculante en este caso, con la consiguiente estimación del presente recurso.

TERCERO.- No obstante el rechazo de la demanda que ello conlleva, la existencia de dudas respecto a la cualidad o no de **consumidores** de los actores, que no han sido desvirtuadas sino en el transcurso de este procedimiento con la prueba practicada, justifica que se mantenga la no imposición de costas de primera instancia acordada en la recurrida. Ausencia de imposición de costas que igualmente procede en esta alzada, por la estimación del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.2º de la L.E.Civil.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Se acoge el recurso de apelación deducido por la entidad **CAJA RURAL DE ASTURIAS,S.C.C**, contra la sentencia dictada por el Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Piloña-Infiesto, en autos de juicio ordinario núm. 128/2015 seguidos contra la misma a instancia de **DOÑA Sandra Y DON Roque**, a que el presente rollo se refiere, la que se **REVOCA**.



En su lugar se desestima en su integridad la demanda, absolviendo a la entidad financiera demandada de todas las pretensiones ejercitadas en la misma.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Asi por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ