



Roj: **SAP PO 639/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:639**

Id Cendoj: **36038370012016100191**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **243/2016**

Nº de Resolución: **237/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00237/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 243/16

Asunto: ORDINARIO 141/15

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 1 PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.237

En Pontevedra a cinco de mayo de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ORDINARIO 141/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 243/16, en los que aparece como parte apelante-demandado: ABANCA CORPORACION BANCARIA SA, representado por el Procurador D. JOSE PORTELA LEIROS, y asistido por el Letrado D. DAMIAN ESCUDERO DE LA FUENTE, y como parte apelado- demandante: D. Romeo , D. Cecilia , representado por el Procurador D. MARIA CARMEN SÁNCHEZ FERNANDEZ, y asistido por el Letrado D. EMILIO RODRIGUEZ MIRANDA, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 17 diciembre 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación procesal de Romeo y Cecilia frente A Banca Corporación Bancaria SA y declaro la nulidad de la cláusula 3ª BIS letra e) de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 23 de febrero de 2009 que dice "No obstante la variación pactada, el tipo de



interés nominal aplicable no podrá ser inferior al CUATRO CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS POR CIENTO (4,75%), ni superior al QUINCE POR CIENTO (15%)" y condeno a la demandada a devolver a la parte actora las cantidades que, por defecto de la citada disposición, se hubieren percibido desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, ya mencionada, y que a fecha de demanda importan la suma de 933,12 euros.

Con expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Abanca Corporación Bancaria SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En la demanda se ejercita acción de nulidad de la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en cuanto condición general de la contratación. La sentencia estima la demanda y contra la misma se interpone recurso de apelación por la parte demandada cuyo argumento central es la no consideración de **consumidores** de los demandantes, pues el destino del préstamo fue una actividad empresarial.

SEGUNDO. - Como se ha indicado, cuestión central en la posición procesal de la demandada es la discusión sobre si los demandantes tienen o no la condición de **consumidores** ya que, como bien señala, su pretensión de nulidad tiene fundamento en la aplicación de la jurisprudencia y normativa protectora de los derechos de los **consumidores**.

La sentencia de instancia considera que los demandantes deben ser considerados, a estos efectos, **consumidores**. La sentencia, a pesar de reconocer que es muy controvertido especialmente por la prueba documental aportada por la parte demandada, se inclina por atribuirles la condición de **consumidores** atendiendo al testimonio del Sr. Pedro Miguel, empleado de la demandada, que manifestó que creía que él era marinero y ella ama de casa, que antes habían abierto una póliza de crédito para pagar una pescadería, y que se iba a transformar en préstamo hipotecario, pero que todavía no habían montado el negocio, por lo que en el momento de la suscripción aún no existía, y no se habían dado de alta en el régimen de autónomos, por lo que concluye que ostentan la condición de **consumidores**.

Sin embargo, a pesar de que precisamente dicha prueba testifical apunta en el sentido de que los demandantes no eran **consumidores** en relación a la operación de crédito que realizan, la documental aportada por la parte demandada no deja lugar a dudas.

Tanto en la documentación precontractual como en el propio contrato de préstamo figura que la finalidad del préstamo es "otras inversiones empresas". El aludido testigo señala como los demandantes habían abierto una póliza de crédito para pagar una pescadería, a la que también hacen una alusión escueta los demandados en su demanda. Póliza de crédito que se iba a transformar en un crédito hipotecario, según el testigo, que lo que quería decir es que esa póliza de crédito se iba a pagar mediante un préstamo hipotecario, lo que así acredita la parte apelante cuando aporta como doc. 4 de su contestación a la demanda, documento que acredita que le mismo día en que se concierta el préstamo que nos ocupa, la mayor parte de él, 37.363,01 euros (de los 45.000 euros de capital del préstamo) se destinan a "cancelación de pólizas de crédito".

Partiendo de estos elementos, veamos si los demandantes tienen la consideración de **consumidores**.

El art. 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, define qué se entiende por tales a los efectos de la propia Directiva:

"A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;
- b) «**consumidor**»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
- c) «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada."

En el ámbito interno, el art. 3 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, señalaba en la misma línea: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto,



son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Y el art. 4 del mismo Real Decreto Legislativo concretaba respecto al concepto de profesional o empresario: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada".

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha dado nueva redacción a ambos preceptos, pero manteniendo el acento en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

Así, el nuevo art. 3 proclama con respecto al concepto de **consumidor** o usuario:

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son **consumidores** o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también **consumidores** a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."

Y el art. 4 insiste en el mismo concepto: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión."

Llegados a este punto, debe aclararse que ha existido una especie de presunción, a falta de prueba sobre la cuestión, de la condición de **consumidor** de prestatarios personas físicas. Sin embargo, es lo cierto que los hechos constitutivos de la pretensión deben ser acreditados por quien la ejercita, de forma que si se ejercita una acción de nulidad de condiciones generales por abusivas fundada en la condición de **consumidor**, esta también debe acreditarse especialmente en supuestos como el presente en que ha quedado acreditado el aparente destino empresarial y mercantil del crédito objeto de la póliza, tal y como hemos señalado en resoluciones anteriores (en este sentido AAP Pontevedra, sección 1ª, de 3 diciembre 2015 o 21 enero 2016, o SAP Pontevedra, sección 1ª, de 19 enero 2016).

No puede exigirse una prueba de un hecho negativo, pero sí del hecho positivo relativo a que obró con fines de consumo privado, que la finalidad en este caso del préstamo era para su aplicación en el ámbito de este consumo privado, prueba que está al alcance del propio **consumidor** atendiendo al principio de disponibilidad y de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

Debe tenerse en cuenta que es la finalidad del préstamo lo que determinará la condición de **consumidor** o de empresario. Es el destino del objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, lo que determina la no inclusión en el ámbito tuitivo de la normativa de protección de **consumidores**, como señala la STS de 22 de abril de 2015 .

Ante tal situación no puede entenderse que nos encontremos ante **consumidores** en el sentido expuesto. La parte demandante, al margen de algunas alusiones genéricas y ambiguas en su oposición al recurso de apelación, nada acredita sobre el destino del préstamo.

Cuando está en cuestión la condición de **consumidor**, los problemas en materia probatoria no tienen otra solución que la aplicación de las reglas generales en la materia recogidas en el art. 217 LEC , y especialmente los principios de facilidad y disponibilidad que contempla. Puede entenderse que una entidad financiera que se dedica profesionalmente a este tipo de operaciones, y con mayor motivo en la actualidad en que su participación en un crédito responsable exige examinar la concreta situación del cliente, y que ello debe dejar constancia de elementos que indiquen su solvencia y la actividad que desempeña en el mercado, por lo que seguramente podrá aportar datos al proceso, como ocurre en el presente caso. Pero la carga de la prueba no puede residenciarse ni única ni principalmente en dicha entidad, cuando quien se encuentra en una situación inmejorable para acreditar el destino del préstamo es el propio prestatario, siendo precisamente ese destino lo que determinará la calificación como empresarial, profesional o de consumo, de la actividad a que se destina y, en consecuencia, de quien lleva a cabo la misma, el prestatario.

TERCERO . - Llegados a este punto, la fundamentación que utiliza la parte apelante respecto de los **consumidores** y usuarios, pierden su eficacia al no resultar propiamente aplicables al caso, pues cuando estamos ante la contratación con profesionales, comerciantes o empresarios, el concepto de abusividad se diluye, pues propiamente tiene su ámbito en materia de **consumidores** y usuarios, sin perjuicio de que, desde otra perspectiva, también puedan ser objeto de control.



Es lo cierto que, aun cuando nos encontremos ante condiciones generales de la contratación, con la imposibilidad de discutir individualizadamente las cláusulas contractuales, que vienen impuestas, el control a realizar es el control de incorporación a que se refiere el art. 7 LCGC, que exige el conocimiento y la claridad de las cláusulas, lo que en el presente caso no se cuestiona, y además en modo alguno resulta de lo actuado al constar con claridad en la escritura que documenta el préstamo, y, en su caso, la posible nulidad por ser contraria a la LCGC o a cualquier norma imperativa o prohibitiva.

Como no puede ser de otra manera, en nuestra sentencia de 14 octubre 2013 , con referencia a otras resoluciones anteriores de este mismo Tribunal, se deja constancia de que nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas. Y lógicamente, que la acción se ejercite adecuadamente, lo que no es el caso.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), recuerda que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el **consumidor** se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al **consumidor**. Pero cuando, como es el caso, no se trata de un **consumidor**, además de tener que ejercitar adecuadamente la acción delimitando el objeto del proceso, las reglas de protección del **consumidor** dejan de existir, y queda sometido a los principios generales de rogación y aportación de parte que compete al actor, quien está obligado a realizar adecuadamente la pretensión y a probar sus alegaciones.

CUARTO.- Lo expuesto anteriormente conlleva la desestimación de la demanda y con ello la imposición a la parte demandante de las costas causadas en primera instancia (art. 394.1 LEC). Sin que proceda especial imposición de las causadas en esta alzada al estimarse el recurso de apelación (art. 398.2 LEC)

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ABANCA CORPORACIÓN S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 1 Pontevedra de 17 diciembre 2015 , revocando la misma y, en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por el Sr. Romeo y la Sra. Cecilia , contra ABANCA CORPORACIÓN S.A., con imposición a la parte demandante de las costas causadas en primera instancia, y sin especial imposición de las causadas en este recurso de apelación.

Hágase devolución del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

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