



Roj: **SAP B 3790/2016 - ECLI:ES:APB:2016:3790**

Id Cendoj: **08019370152016100085**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **11/05/2016**

Nº de Recurso: **231/2015**

Nº de Resolución: **110/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 231/2015-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 60/2014

JUZGADO MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 110/2016

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DON LUIS RODRÍGUEZ VEGA

DON JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En Barcelona a once de mayo de dos mil dieciséis.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 60/2014 ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, a instancia de Doña Carmen Ribas Buyo, procuradora de los tribunales y de Don Cipriano y Doña Cecilia, contra BANCOFAR S.A., representada por el procurador Don Ángel Joaniquet Ibarz, y contra BANKIA S.A., representada por el procurador Don Ricardo de la Santa Márquez, sobre nulidad de condición general de la contratación.

Penden las actuaciones ante esta Sala por virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada en fecha 19 de noviembre de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: " *Estimo la demanda formulada por Doña Carmen Ribas Buyo, en nombre y representación de Don Cipriano y Doña Cecilia, declaro la nulidad de la cláusula definida en el fundamento de derecho primero de esta resolución, y condeno a BANCOFAR y a BANKIA S.A. a que abonen a la parte demandante la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia, resultante de aplicar a los contratos de préstamo sin la referida cláusula desde la fecha de la interposición de la demanda. Se hace imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada.*"

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. La parte actora presentó escrito de oposición al recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 28 de abril de 2016.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Los demandantes interponen demanda de nulidad de la cláusula suelo/techo incorporada a dos contratos de préstamo hipotecario concertados con la demandada BANCOFAR el 28 de julio de 2006 ante el Notario de Barcelona Don José Ramón Mallol Tova, uno de ellos por importe de 875.500 euros y el otro de 980.000 euros. No es controvertido que el importe de las dos operaciones (1.855.500 euros) se destinó por los demandantes a la adquisición de una oficina de farmacia sita en la calle Mayor 12 de El Prat de Llobregat y que las dos hipotecas recayeron, respectivamente, sobre el mobiliario existente en la farmacia y sobre dos inmuebles propiedad de los actores. La cláusula tercera bis de ambas escrituras públicas, bajo el epígrafe "límites a la variación del tipo de interés", establece que "transcurrido el primer periodo de doce meses del presente préstamo, en ningún caso el tipo de interés nominal anual aplicable será inferior al 4% anual o superior al 15% anual, cualquier que fuese el tipo resultante por aplicación de los mecanismos de revisión pactados".

Tampoco es controvertido que en el mes de julio de 2010 BANCOFAR accedió a modificar la cláusula suelo, que quedó fijada en un 3%. Mientras la demandada sostiene que el contrato quedó novado por acuerdo de las partes, la actora alega que la demandada aceptó unilateralmente la modificación tras expresar de forma reiterada sus quejas.

En la demanda la actora alegó que la cláusula no se había negociado, sino que fue impuesta, y que no se habían cumplido los requisitos de incorporación exigidos por los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Además de la falta de claridad y transparencia, la demandante adujo que no se le había informado de forma expresa acerca de la cláusula suelo y sus consecuencias. De forma acumulada reclamó la restitución de las cantidades indebidamente abonadas desde la interposición de la demanda.

La parte demandada (BANKIA adquirió uno de los dos préstamos y compareció en el procedimiento una vez contestada la demanda) se opuso a la demanda invocando, como primer motivo de oposición, que el préstamo se concertó entre profesionales y, en definitiva, que los actores no tienen la condición de consumidores. La cláusula es clara y BANCOFAR proporcionó a los demandantes toda la información necesaria. Por todo ello solicitó que se desestimara la demanda.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda. En el fundamento tercero, dando respuesta a la alegación de la demandada de que el contrato se concertó entre profesionales, el juez *a quo* concluye que se firmó fuera del ámbito propio de la actividad procesional de la demandante y, en consecuencia, que puede aplicarse el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por otro lado, tras precisar los requisitos de información previa y transparencia sentados por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la sentencia de instancia considera que no se proporcionó información suficiente y que no se cumplieron con esos requisitos, por lo que declara la nulidad de las cláusulas y condena a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas desde la interposición judicial (conforme a lo solicitado por la actora).

La sentencia es recurrida por las demandadas. Al entender de las recurrentes, los demandantes no tienen la consideración de consumidor, hecho que es aceptado en la demanda. Por todo ello resulta improcedente extrapolar y aplicar al caso la doctrina del Tribunal Supremo del doble filtro de transparencia. La cláusula, además, es clara, por lo que no se han infringido los requisitos exigidos por los artículos 5 y 7 de la LCGC. Por último consideran que no es procedente la restitución de cantidades.

La actora, por su parte, se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

TERCERO.- Sobre el concepto de consumidor, recordemos que el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en su redacción vigente al tiempo de interponerse la demanda) dispone que "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". Por tanto, el elemento fundamental para determinar la presencia o no de un consumidor en nuestro ordenamiento jurídico es el destino que se da al bien o servicio y, en concreto, si la persona, física o jurídica, lo incorpora o no a una actividad empresarial o profesional.

También el artículo 1 de la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente cuando se suscribió el contrato), derogada por el texto de 2007, al delimitar su ámbito de aplicación establecía en su apartado segundo que "a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Y el apartado tercero añade que "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran,



almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros." Esa distinción entre consumidor, "destinatario final", frente a quienes emplean los bienes y servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado", había sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido similar al que resulta del artículo 3 de la Ley de 2007, coherente con la jurisprudencia comunitaria, concretando la noción "destinatario final" con el consumo en el ámbito personal o doméstico. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 dice al respecto lo siguiente:

" Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).

En el presente caso los dos préstamos tenían por finalidad la adquisición de una oficina de farmacia, esto es, los actores actuaron en un ámbito profesional y, por tanto, no tienen la condición de consumidor. Así se expresa en la propia demanda, en cuyo antecedente de hecho primero se dice lo siguiente: *" Los bienes afectados por los expresados otorgamientos se describen en los exponendos I y II de la primera escritura, procediendo hacer mención de la condición séptima de la repetida escritura, a fin de evitar controversia alguna sobre el carácter profesional de mis representados (y a continuación se transcribe dicha condición sobre el destino de la operación de préstamo y la condición de farmacéutico del prestatario).*

Es relevante partir de ese hecho, que resulta trascendental, dado que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013) -a la que se remiten reiteradamente las partes en sus escritos y la propia sentencia apelada-, y la más reciente de 8 de septiembre de 2014 (464/2014), distinguen entre un control de incorporación o inclusión, aplicable a los contratos formalizados entre predisponentes y adherentes, sean profesionales o consumidores, y un segundo control de transparencia que opera únicamente en los contratos celebrados con consumidores. Así el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias señala que en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"n o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" (fundamento 201).

Junto a ese primer control, la jurisprudencia añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control *" de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato"* (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los *" contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"* . La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró que las cláusulas impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplían con las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LGDC, pero no así las específicas de los contratos con los consumidores, todo ello de acuerdo con las consideraciones que recoge en los fundamentos 217 a 225.



CUARTO.- En el presente caso, aun aceptando que la cláusula impugnada es una condición general, dado que la demandada no ha probado que la cláusula fuera negociada individualmente con la actora y, en consecuencia, que no fuera impuesta por la entidad de crédito, la sentencia debió limitar su análisis al control de incorporación, cosa que no hizo, pues justifica el carácter abusivo de la cláusula (concepto que nuestro Ordenamiento reserva a los contratos concertados con consumidores) en el artículo 82 del TRLGDCU y en los criterios que el Tribunal Supremo establece para el control de transparencia. En concreto, reproduce el fundamento jurídico 225 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , que se aplica sólo a los contratos con consumidores.

Por tanto, sólo si la cláusula impugnada fuera contraria a alguno de los preceptos de la LCGC o a otra norma imperativa distinta del TRLGDCU (control general de contenido) o no superara el control de primer grado o de incorporación, la demanda podría prosperar. La propia sentencia apelada concluye que la cláusula impugnada cumple con los requisitos de incorporación de los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (fundamento cuarto), conclusión que compartimos. La cláusula es clara y de fácil comprensión, ubicándose en el contrato inmediatamente después del tipo de interés variable aplicable a partir de cada revisión, esto es, no aparece en el contrato relegada ni cuesta localizar.

La cláusula, como decimos -y sostiene la sentencia de instancia- no es oscura o farragosa ni de difícil entendimiento. Tras fijar en 0,75 puntos porcentuales el diferencial sobre el Euribor, que se establece como índice de referencia, y contemplar un tipo de referencia sustitutivo, en el apartado quinto y bajo el epígrafe (subrayado) de "límites a la variación del tipo de interés", la cláusula dice lo siguiente: " *Transcurrido el primer periodo de doce meses del presente préstamo, en ningún caso el tipo de interés nominal aplicable será inferior al 4% anual o superior al 15% anual, cualquiera que fuese el tipo resultante por aplicación de los mecanismos de revisión pactados*". Tampoco la demandante, prescindiendo de las alegaciones de tipo genérico, precisa en qué medida la cláusula incumple los criterios de transparencia, claridad, concreción o sencillez.

Por todo ello debemos estimar el recurso y revocar la sentencia, absolviendo libremente a la parte demandada.

QUINTO.- Las costas de primera instancia se imponen a la parte actora, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin imposición de las costas de esta alzada (artículo 398)

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

FALLAMOS

Estimar los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de BANCOFAR S.A. y BANKIA S.A. de contra la sentencia de 19 de noviembre de 2014 , que revocamos. En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de Don Cipriano y Doña Cecilia , contra BANCOFAR S.A. y BANKIA S.A., a las que absolvemos, condenando a la demandante al pago de las costas procesales.

Sin imposición de las costas del recurso y con devolución a las recurrentes del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.