



Roj: **SAP B 4268/2016 - ECLI:ES:APB:2016:4268**

Id Cendoj: **08019370152016100114**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **08/06/2016**

Nº de Recurso: **283/2015**

Nº de Resolución: **134/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 283/2015-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 775/2013

JUZGADO MERCANTIL Nº 6 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 134/2016

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F GARNICA MARTIN

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DON JOSE MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En Barcelona a ocho de junio de dos mil dieciséis.

Parte apelante: LA VINYA DEL MIG S.L.

-Letrado: Jorge Gilabert García

-Procurador: Jesús de Lara Cidoncha

Parte apelada:

-Letrado: KUTXABANK S.A.

-Letrado: Íñigo Barrutia Olasolo

-Procurador: Jaume Romeu Soriano

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 25 de noviembre de 2014

-Demandante: LA VINYA DEL MIG S.L.

-Demandada: KUTXABANK S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: " *Que debo desestimar la demanda interpuesta por LA VINYA DEL MIG S.L. representada por el procurador Don Jesús de Lara Cidoncha contra KUTXABANK S.L. representada por el procurador Don Jaume Romeu Soriano. Ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandante.*"



SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante. Dado traslado a la demandada, 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 26 de mayo de 2016.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- La demandante LA VINYA DEL MIG S.L. interpuso demanda de nulidad de la **cláusula suelo**/techo incorporada a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita con la demandada KUTXABANK S.A. el 27 de febrero de 2007 (documento dos de la demanda). La nulidad se postuló en la demanda por distintos motivos; (i) la desproporción, el desequilibrio y falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones asumidas por las partes; (ii) falta de información y, vinculado a ello, error como vicio del consentimiento (artículo 1266 del Código Civil); (iii) el carácter abusivo de la **cláusula**; (iv) infracción del artículo 1256 del Código Civil , en relación con el artículo 8 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación ; (v) vulneración de la buena fe contractual.

Por todo ello solicitó que se declarara la nulidad de la **cláusula** y se condenara a la demandada al pago de la cantidad pagada indebidamente en su aplicación.

La demandada se opuso a la demanda alegando, en primer lugar, que la actora no tenía la condición de consumidora. En segundo lugar y con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , sostuvo que la **cláusula** era lícita, rechazando la infracción de los preceptos legales invocados por la actora. Por último y para el caso de que se estimara la acción de nulidad, solicitó que no se concediera a la sentencia efectos retroactivos.

SEGUNDO.- La sentencia apelada, tras precisar la posición de una y otra parte, desestima íntegramente la demanda. El *juez a quo* considera que la mayor parte de los argumentos esgrimidos por la actora para solicitar la nulidad no son aplicables a la demandante, dado que no tiene la condición de consumidor. La **cláusula**, además, no infringe ninguna norma imperativa y por venir referida a un elemento esencial del contrato, no queda sujeta al control de contenido. Por último la sentencia rechaza la infracción del artículo 1256 del Código Civil y el principio de la buena fe contractual.

La sentencia es recurrida por la parte actora. Alega, como principal motivo de oposición, errónea valoración de la prueba relacionada en relación a su condición de consumidor, que estima acreditada. Además, con cita del artículo 78 bis la Ley de Mercado de Valores , la demandante invoca su condición de cliente minorista. Partiendo de su condición de consumidor, la demandante considera que no se cumplió con el deber de transparencia en los términos exigidos por la sentencia de 9 de mayo de 2013 , cuyo fundamento 225 reproduce. Por otro lado insiste en que la **cláusula** es abusiva por causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (artículo 82 del TRLCU). La recurrente, por el contrario, no insiste en los otros motivos de nulidad esgrimidos en la demanda y que no fueron estimados en la sentencia. Interesa, eso sí, que como consecuencia de la nulidad por falta de transparencia y desequilibrio, se condene al pago de las cantidades abonadas indebidamente en aplicación de la **cláusula** desde la firma del contrato.

La demandada se opone al recurso e interesa 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).

CUARTO.- El recurso justifica la condición de consumidor de LA VINYA DEL MIG S.L. en el carácter familiar de la sociedad, que está constituida por los hermanos Alejandro y su madre Doña Pura . La sociedad se constituyó -añade el recurso- mediante la aportación de un único solar, propiedad de la Sra. Pura , y no realizó "ninguna otra promoción" al margen de la construcción del edificio al que se destinó el préstamo concertado por KUTXABANK. Es decir, la propia demandante admite que el préstamo se destinó a la actividad de promoción inmobiliaria que forma parte del objeto social de la actora (documento uno de la contestación, al folio 165), por lo que no puede ser considerada consumidor y, por tanto, tampoco puede invocar la protección de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En definitiva, la sentencia valora adecuadamente la prueba. Además del reconocimiento implícito por la demandante en su recurso, que el préstamo se aplicó a la actividad mercantil desarrollada por LA VINYA DEL MIG S.L. resulta de la propia escritura, en la que expresamente se indica lo siguiente sobre el destino del capital prestado: " que con la finalidad de posibilitar la construcción de los diferentes elementos que integran el citado conjunto urbanístico (edificio, etc) hasta su terminación y, con posterioridad, facilitar su venta, han convenido concertar un préstamo con la garantía hipotecaria de las fincas descritas anteriormente..." (folio 16).

El correo remitido por la directora de la sucursal a uno de los tres hermanos en septiembre de 2014 (documento, al folio 206) avala la anterior conclusión, pues en él se expresa lo siguiente: "Podéis hacer la promoción a título particular, es decir, los titulares sois los tres hermanos y/o tu madre o bien podéis constituir una sociedad". A continuación la remitente explica la documentación necesaria y expresa que del " del valor del proyecto a precio de venta, se financia el 80% de la inversión".

QUINTO.- En definitiva, debemos descartar que la actora tenga la condición de consumidor y, en consecuencia, procede confirmar la sentencia, dado que el recurso, prescindiendo de otros motivos de nulidad, limita la impugnación a que la **cláusula** no supera el control de transparencia, conforme a los criterios sentados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 , y que infringe el artículo 82 del TRLGCU, que son aplicables solo a los consumidores y usuarios. En efecto, la citada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo -cuyo fundamento 225 se reproduce en el recurso-, 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.

Por tanto, 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, no por ello deja de ser una **cláusula** lícita. 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. No se discute que 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. 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. El documento uno de la demanda (un correo electrónico de la directora del Banco, en respuesta a otro que le remite la demandante), que recoge de forma muy escueta alguna de las condiciones del préstamo, sin mencionar la **cláusula suelo**, tendría relevancia en el control de transparencia en contratos con consumidores, pero no la tiene dado el carácter profesional de la actora.

Por los mismos motivos tampoco puede sostenerse la nulidad conforme al 82.1º del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, por el que " se considerarán **cláusulas** abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Por todo ello debemos desestimar el recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se imponen las costas al apelante.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de LA VINYA DEL MIG S.L., contra la sentencia dictada en fecha 25 de noviembre de 2014 , que confirmamos, con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

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.