



Roj: **SAP BA 747/2016 - ECLI:ES:APBA:2016:747**

Id Cendoj: **06083370032016100334**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **05/10/2016**

Nº de Recurso: **304/2016**

Nº de Resolución: **205/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM BA 1880/2016,**
SAP BA 747/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00205/2016

N10250

AVENIDA DE LAS COMUNIDADES S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 924312470 Fax: 924301046

MMM

N.I.G. 06015 47 1 2014 0000426

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000304 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de BADAJOZ

Procedimiento de origen: ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000392 /2014

Recurrente: BANCO GRUPO CAJATRES SAU

Procurador: MARIA ESTHER MARTIN CASTIZO

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: LERACOR SL

Procurador: ROSA MARIA ANDRINO DELGADO

Abogado: GABRIELA ALVAREZ-PALACIOS ARRIGHI

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

SECCIÓN TERCERA

Mérida

SENTENCIA NÚM.205/16

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:



DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

MAGISTRADOS:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA (PONENTE)

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

DON JESUS SOUTO HERREROS

=====

Recurso civil número 304/2016.

Procedimiento ordinario 392/2014.

Juzgado de lo Mercantil de Badajoz.

=====

En la ciudad de Mérida, a cinco de octubre de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso de apelación dimanante del procedimiento ordinario 392/2014 del 392/2014, siendo parte apelante "Banco Grupo Cajatres, SA", representado por la procuradora doña Esther Martín Castizo y defendido por el letrado don Rafael Hurtado Guerrero; y parte apelada "Leracor, SL", representada por la procuradora doña Rosa María Andrino Delgado y defendida por la letrada doña Gabriela Álvarez-Palacios Arrighi.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, con fecha 25 de abril de 2016, dictó sentencia , cuya parte dispositiva dice así:

<<Que debo estimar la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Andrino Delgado, en nombre y representación de "Leracor, SL", que dio lugar a los autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado bajo el número 392/2014, contra la entidad "Banco Grupo Cajatres, SA, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martín Castizo; y en consecuencia:

Declaro la nulidad de la cláusula relativa a las condiciones financieras cláusula intereses ordinario, en concreto en cuanto que se acuerda "en ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al 6%, ni exceder del 12%", inserta en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrita el 6 de octubre de 2009, ante el notario Gonzalo Aboy García-Palao, protocolo 758; condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y su consiguiente eliminación. Se hace imposición de las costas a la parte demandada>>.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución interpuso recurso de apelación "Banco Grupo Cajatres, SA".

TERCERO. Admitido que fue el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Una vez formulada oposición por "Leracor, SL", se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo el día 28 de septiembre de 2016, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos relevantes.

Como se desprende de las actuaciones, constan sucintamente los siguientes:

a) "Leracor, SL" es una sociedad dedicada a la compraventa de productos del corcho, asimilados y sus derivados, así como a la fabricación y comercialización de los mismos.



b) El 6 de octubre de 2009 "Caja de Ahorros de Badajoz" (hoy "Banco Grupo Cajatres, SA") concedió un préstamo mercantil a "Leracor, SL" por importe de 240.000 euros. En garantía del mismo se hipotecaron dos fincas propiedad de "Leracor, SL": una urbana con dos naves industriales dedicadas a la fabricación de corcho en planchas; y otra rústica.

c) Los 240.000 euros se ingresaron en una cuenta a favor de "Leracor, SL".

d) El préstamo hipotecario contiene una cláusula referida a los intereses ordinarios. En ella se indica que el primer año el tipo de interés aplicable sería el 6% nominal anual y los posteriores el índice euribor incrementado en dos puntos. Y también se recogía que, en ningún caso por aplicación de la revisión que deba producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al 6%, ni exceder del 12%.

SEGUNDO. Primer motivo del recurso: falta de la condición de **consumidor**.

"Banco Grupo Cajatres, SA" argumenta que "Leracor, SL" no puede ser tenida por consumidora. La parte recurrida, por el contrario, defiende que tiene dicha condición porque suscribió la hipoteca como **consumidor** final. "Leracor, SL" alega que ella no se dedica al giro o tráfico jurídico propio de los préstamos hipotecarios. Señala que pidió el préstamo hipotecario como particular, fuera del ámbito de su propia actividad empresarial.

Este motivo necesariamente debe prosperar.

Es verdad que, a diferencia de la normativa europea, en España las personas jurídicas pueden ser también **consumidores**. Ahora bien, la nota esencial que diferencia, en todo caso y a los efectos aquí enjuiciados, a un profesional y a un **consumidor** es la ajeneidad a la actividad profesional. Así, el artículo 3 del Código de **Consumidor** (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), en la redacción vigente al tiempo de suscripción del contrato litigioso, tenía por **consumidores** o usuarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (en vigor desde el 29 de marzo de 2014), todavía se clarifica más el concepto al definir al empresario como aquella persona 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. Asimismo, el artículo 3 del Código del **Consumidor** tiene por **consumidores** a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

El TJUE, en su sentencia de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), para discriminar entre **consumidores** y profesionales, señala que lo determinante no son las condiciones subjetivas del contratante sino el destino de la operación: el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Conforme al Derecho de la Unión Europea, es **consumidor** toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así, un abogado puede ser **consumidor** cuando actúa con tal propósito.

Por ello, hay que contrastar si el presente préstamo hipotecario está destinado o no a la actividad empresarial. Son elocuentes las palabras recogidas en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007: <<El **consumidor** y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación de servicios a terceros>>. A tal fin, la sentencia del Tribunal Supremo 364/2016, de 3 de junio, exige comprobar si el préstamo es para la actividad empresarial o para mero uso personal. En dicha sentencia, acerca de un préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo negó al prestatario la condición de **consumidor** porque su destino era una oficina de farmacia. Otro tanto ocurrió con el supuesto de hecho resuelto por la sentencia 246/2014, de 28 de mayo, del Tribunal Supremo: el préstamo tenía por objeto la compra de un despacho para ejercer una actividad profesional.

Debemos resaltar, como ya hemos apuntado, que nuestro Derecho es más tuitivo que el de la Unión Europea, al admitir que las personas jurídicas puedan ser también **consumidores**. Y hay que destacar además que el préstamo litigioso se concertó antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (en vigor desde el 29 de marzo de 2014). Tras ella, se restringió el ámbito de protección a las personas jurídicas, al exigir que no actúen con ánimo de lucro. En una sociedad capitalista el ánimo de lucro va implícito.

Llegados a este punto, para dilucidar si "Leracor, SL", puede pasar por consumidora frente a "Banco Grupo Cajatres, SA", hay que indagar en el destino del bien adquirido.

Pues bien, aquí es donde la sociedad recurrente se equivoca. "Leracor, SL" esgrime que no se dedica a la actividad financiera, ni tampoco a la actividad inmobiliaria. Pero esto nadie lo discute. Lo determinante es el



destino del capital objeto del préstamo. Al tratarse de una sociedad mercantil debe presumirse *juris tantum* que el capital está destinado a financiar la actividad empresarial. Téngase en cuenta que, conforme al artículo 311 del Código de Comercio, al concertarse entre dos sociedades, el préstamo litigioso es de naturaleza mercantil. Tanto es así que, en el propio contrato litigioso, se hace constar tal naturaleza. El principal prestado, por tanto, en principio, ha de considerarse incorporado a los activos de la empresa, a su proceso de producción o de comercialización. Caben otros fines distintos y ajenos a la actividad empresarial, pero nada se ha probado aquí.

En conclusión, debemos dar razón a "Banco Grupo Cajatres, SA": no se ha acreditado que el préstamo hipotecario fuera ajeno a la actividad empresarial. En suma, en esta operación, "Leracor, SL" no puede pasar por consumidora. Esto conlleva que la pretensión de nulidad de la cláusula suelo por abusividad deba rechazarse. Además está recordar que el concepto de "abusividad", en sentido estricto, únicamente opera en el ámbito de las relaciones contractuales entre profesionales y **consumidores** (por todas, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y de 24 de septiembre de 2013).

TERCERO. Segundo motivo del recurso: error de la valoración de la prueba en orden al control de incorporación.

"Banco Grupo Cajatres, SA" rechaza que la cláusula suelo litigiosa deba ser sometida al doble control de incorporación y transparencia. "Leracor, SL" replica que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea **consumidor** o no.

Este motivo también se estima.

"Leracor, SL" no es **consumidor**, con lo cual no puede beneficiarse del llamado control de transparencia (por todas, véase la sentencia del Tribunal Supremo 367/2016, de 3 de junio). En este caso, si analizamos la cláusula litigiosa, podemos concluir que sí supera el control de incorporación. Es incuestionable que resulta gramaticalmente comprensible. En ella se dice: "En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al seis por ciento, ni exceder del doce por ciento". Como señala "Banco Grupo Cajatres, SA", si comparamos esta cláusula con las declaradas nulas por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, se puede comprobar la sencillez y claridad de la misma. Al estar redactada de manera comprensible, puede entenderse fácilmente su sentido y significado, de modo que supera el control de incorporación. No puede hablarse entonces que hubiera desequilibrio o abuso de posición contractual por parte de "Banco Grupo Cajatres, SA".

En estas circunstancias, la condición general cuestionada no comporta la frustración de las legítimas expectativas de "Leracor, SL", pues sabía que el interés no iba a bajar del seis por ciento. Como dice el Tribunal Supremo, ni el legislador comunitario ni el español han dado pie a una modalidad especial de protección del adherente no **consumidor**. Para él rige la legislación civil y mercantil general, en la que prima la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los jueces, añade el Alto tribunal, dar vida a *tertium genus* de régimen jurídico, a caballo entre la normativa de **consumidores** y el Código Civil. El legislador ha optado simplemente entre distinguir entre adherentes **consumidores** y no **consumidores**.

En consecuencia, sin necesidad siquiera de entrar en el examen del tercer motivo de oposición, ha de estimarse el recurso, pues la cláusula suelo litigiosa no incurre en vicio de nulidad, lo cual acarrea la consiguiente desestimación de la demanda planteada por "Leracor, SL".

CUARTO. Costas y depósito.

Estimado el recurso, las costas de instancia se imponen a "Leracor, SL" y no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada (artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Estimamos el recurso de apelación interpuesto por "Banco Grupo Cajatres, SA" contra la sentencia de 25 de abril de 2016 dictada en el procedimiento ordinario 392/2014 por el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz y, en consecuencia, revocamos dicha resolución, desestimamos la demanda planteada por "Leracor, SL" y absolvemos de lo pedido a "Banco Grupo Cajatres, SA", con imposición de las costas a la parte actora.

Segundo. No se hace especial condena en cuanto a las costas de esta alzada y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.



Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ