



Roj: **SAP SO 196/2016 - ECLI:ES:APSO:2016:196**

Id Cendoj: **42173370012016100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2016**

Nº de Recurso: **136/2016**

Nº de Resolución: **124/2016**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **BLANCA ISABEL SUBIÑAS CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SORIA**

**SENTENCIA: 00124/2016**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA**

N10250

AGUIRRE, 3

Tfno.: 975.21.16.78 Fax: 975.22.66.02

MLG

**N.I.G.** 42173 41 1 2015 0010873

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000136 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de SORIA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000499 /2015

Recurrente: CAJA RURAL DE SORIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador: M<sup>a</sup> NIEVES GONZALEZ LORENZO

Abogado: FRANCISCO JOSE HORNERO HIDALGO

Recurrido: Faustino , Beatriz

Procurador: BEATRIZ VALERO ALFAGEME

Abogado: ARITZ RUIZ BENGOA

**SENTENCIA CIVIL Nº 124/2016**

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D<sup>a</sup> Blanca Isabel Subiñas Castro

D. Rafael Fernández Martínez (Suplente)

=====

En Soria, a tres de noviembre de dos mil dieciséis.



Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Procedimiento Ordinario Nº 499/2015, contra la sentencia dictada por el JDO. de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado CAJA RURAL DE SORIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, representado por la Procuradora Sra. González Lorenzo, y asistido por el Letrado Sr. Hornero Hidalgo.

Y como apelados y demandantes D. Faustino y D<sup>a</sup> Beatriz, representados por la Procuradora Sra. Valero Alfageme y asistido por el Letrado Sr. Ruiz Bengoa.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así:

"Estimando la demanda interpuesta por Faustino y Beatriz contra "CAJA RURAL DE ORIA", S. COOP. C., debo declarar y declaro la nulidad del último párrafo de la ESTIPULACIÓN SEGUNDA del contrato de referencia, en cuanto establece que "Sin perjuicio de lo pactado anteriormente, las partes acuerdan que el interés resultante a la parte prestataria en cada revisión, no podrá ser inferior al seis con cincuenta por ciento (6,50%) ni superior al doce con cincuenta por ciento (12,50%)", así como que se condene a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la estipulación impugnada, desde el 9 de mayo de 2013, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses, con condena de la entidad demandada al pago de la totalidad de las costas que se han generado con motivo de la sustanciación del presente procedimiento."

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil Nº 136/2016, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dictar sentencia.

Es Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Blanca Isabel Subiñas Castro

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se recurre por la demandada, CAJA RURAL DE SORIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Soria de fecha 20 de junio de 2016, dictada en los autos de juicio ordinario 499/2015 en la que estimándose la demanda interpuesta por los cónyuges D. Faustino Y D<sup>ña</sup>. Beatriz, se declaraba la nulidad del último párrafo de la ESTIPULACIÓN SEGUNDA del contrato de referencia en cuanto establece que "sin perjuicio de lo pactado anteriormente, las partes acuerdan que el interés resultante a la parte prestataria en cada revisión, no podrá ser inferior al seis con cincuenta por ciento (6,50%), ni superior al doce con cincuenta por ciento (12,50%), así como que se condene a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la estipulación impugnada, desde el 9 de mayo de 2013, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses, con condena de la entidad demandada al pago de la totalidad de las costas que se han generado con motivo de la sustanciación del presente procedimiento.

La entidad recurrente, CAJA RURAL DE SORIA, recurre la sentencia con base a los siguientes argumentos: **a) en primer lugar llama** a la atención el hecho de que la sentencia considere a los demandantes la condición de adherentes profesional, y no **consumidor** particular, y sin embargo someta al préstamo en general, y en particular a la cláusula del tipo de interés suelo, a los controles que tanto al doctrina como la jurisprudencia reservan para los **consumidores**; y lo cierto es que no existe la más mínima duda que nos encontramos en presencia de empresarios (el Sr. Faustino directamente, con un alzhéimer no acreditado y su esposa Sra. Beatriz por apoderamiento general, con el que se han suscrito prestamos de millones de euros), que han dado una finalidad empresarial al préstamo controvertido, y ello es algo que se desprende de la propia escritura de préstamo en el que se dice que "es destinado a la inversión", a lo que hay que añadir que el importe del préstamo no estaba destinado a financiar la compra del bien hipotecado, y las propias manifestaciones del Sr. Faustino y de su letrado en el acto del juicio, que reconoció que el préstamo se destinó a una de sus empresas que tenía dificultades económicas, reconociéndose en trámite conclusiones que el demandante no era **consumidor**; **b) no se puede estar de acuerdo con la sentencia de instancia cuando considera irrelevante la condición empresarial de los demandantes**, ya que esta condición y sus actuaciones y negociaciones ponen de manifiesto su familiaridad y conocimiento de que es una cláusula suelo-techo y sus implicaciones,



pudiéndole ser exigido ese plus de diligencias y responsabilidad que cabe exigir a un empresario a la hora de formalizar sus compromisos, y así, como se acredita, desde los años 80 el demandante aparece como administrador o representante ininterrumpidamente de hasta 9 sociedades, y ha negociado y suscrito tanto con la demandada como con otras entidades bancarias numerosos préstamos que incorporan este tipo de cláusulas, incluso en el 2015 cuando el control de este tipo de condiciones era clamor popular; **c) por lo que se refiere a la oferta vinculante que recoge y pesar de no resultar** exigible ni por la fecha de formalización del préstamo (27/04/2012) estando todavía vigente la Orden de 5 de mayo de 1994, ni por las características del préstamo (ni era para vivienda, ni era inferior a 25 millones, aunque fuera suscrito por persona física, si bien empresario), no sólo se informó a los demandantes de las condiciones del préstamo sino que quedó fijado en un soporte documental, esto es, "nota de condiciones al notario" (documento 7), que la sentencia niega sin entrar a valorar, no habiendo sido impugnado en su autenticidad y si solo en su valoración, desprendiéndose de ese documento que el prestatario tuvo la oportunidad real de conocer la cláusula de interés al tiempo de formalizar el contrato ; **d)** así las cosas, no siendo **consumidor** y si adherente profesional **no le resulta de aplicación la normativa protectora que se deriva de la Ley de Consumidores y Usuarios, lo cual fue mantenido por la sentencia dictada por esa audiencia, la nº 32/2016** , en la que se declaraba por su finalidad empresarial un préstamo ajeno al control de transparencia; **e)** el **único control que cabe hacerse es el de la transparencia documental o gramatical** , no bastando que la cláusula se redacte de forma clara y comprensible sino que se utilicen caracteres tipográfico legibles, y una redacción comprensible desde el plano formal y gramatical, y esta redacción existe, es clara, ubicada en las condiciones financieras y su redacción y grafía esta destacada, lo que unido al carácter empresarial del actor y su práctica en la asunción de este tipo de cláusulas, y el hecho de que estuviera incorporado al documento precontractual, deben determinar la estimación del recurso y la desestimación de la demanda.

**Por su parte, los demandantes apelados solicitan la confirmación de la sentencia sobre la base de sus propios fundamentos, con imposición de costas a la demandada apelante** . Coincide con la sentencia de instancia cuando considera irrelevante la condición de empresario del demandante al que sería posible exigir un plus de diligencia y responsabilidad, siendo igualmente irrelevante que este haya podido negociar más cláusulas suelo lo que además no ha quedado acreditado. Lo importante es si el demandante ha podido saber lo que es una cláusula suelo, y lo cierto es que ni lo sabe ni ha podido saberlo porque hay ausencia de negociación y por lo tanto de documentación precontractual. La sentencia no incurren en incongruencia porque no se base en las alegaciones jurídicas de las partes, estando solo vinculado por las fácticas y ello al respecto del hecho de si el demandante tiene o no la condición de **consumidor**, y si de adherente profesional. Ello es irrelevante porque la sentencia se basa en la falta de información y negociación de la cláusula en cuestión, que es contraria a la buena fe, esto es en que el adherente no ha podido conocer la carga económica y jurídica de lo que contrataba, y de su desequilibrio respecto al banco, para tacharla de abusiva. No existió información por parte de la entidad bancaria, la que se dice oferta vinculante (documento nº 7), ha sido negada a la parte actora, sólo está firmado en su última hoja y su fecha coincide con la fecha de suscripción del préstamo, lo que permite afirmar una unidad de acto y además la ubicación de la cláusula no es la adecuada, ya que se halla en la estipulación segunda pero dentro del índice de referencia (lo que permite inducir que solo se aplicará cuando se aplique dicho índice sustitutivo), y no viene resaltada. La información precontractual "la oferta vinculante", con respecto al cual nada se ha dicho por el Juzgador cuando valora la prueba (a lo que cabe decir que o existe un sistema de prueba tasada en nuestro ordenamiento), no es relevante, ya que el juzgador hace una valoración conjunta de la prueba. En conclusión, la cláusula no fue negociada, y ello no ha sido probado por el banco, y debe mantenerse su nulidad.

Se aceptan sólo parcialmente los de la sentencia impugnada en cuanto no se opongan a lo que diremos a continuación.

**SEGUNDO** .- La demanda interpuesta por D. Faustino y su esposa DÑA Beatriz , que pretendía la nulidad de la cláusula contractual denominada "suelo-techo" que contiene el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre los actores y la demandada CAJA RURAL DE SORIA en escritura pública el día 27 de abril de 2012, debe ser desestimada y en su consecuencia debe ser revocada la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de Instancia número 2 de esta localidad con fecha 20 de junio de 2016 , con estimación del recurso de apelación interpuesto por CAJA RURAL.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre casos similares, y hemos de seguir la doctrina expuesta en aquellas resoluciones. Así en la sentencia *de 10 de marzo de 2016* , (ponente Sr. Rodríguez Greciano), reproducida en la sentencia de 30 de junio de 2016 (ponente Sra. Flecha Díaz), y en todas aquellas otras que las citadas mencionan. En definitiva, la prueba practicada hubiera demostrado sin ningún género de dudas la condición de empresario de la parte apelada (y no por tanto **consumidor**), la claridad y por lo tanto posibilidad de entendimiento de la cláusula contractual asumida sobre "suelo-techo" de los intereses remuneratorios, y por lo tanto el carácter vinculante de la misma. Por lo tanto, en atención al principio de



respecto a los compromisos contractuales asumidos derivado de los artículo 1254 y ss del Código Civil , que la cláusula debe ser mantenida.

**TERCERO.-** Por lo que se refiere a la condición de no **consumidor** de los demandantes, que es el primer motivo del recurso interpuesto, decir que éste es un aspecto básico que ha determinar la resolución de esta controversia; y ello en contra de lo argumentado por la sentencia de instancia que con independencia de esta calificación, se centra en determinar si efectivamente la cláusula en cuestión es comprensible, y como tal, asumida. Como mencionan las anteriores sentencias invocadas "Llegados a este punto debemos recordar que el concepto de **consumidor** contenido en el *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 y otras leyes complementarias, se identificaba inicialmente en su art. 3 - según la redacción vigente en la fecha en que tuvo lugar la celebración del contrato litigioso- con " las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", y finalmente -tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo- con "las personas físicas que actúan un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Y por lo que respecta al ámbito comunitario la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, define en su art. 2 b ) al **consumidor** como " toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".**

Examinada la prueba practicada, se llega a la conclusión de que el demandante, directamente, y su esposa, por apoderamiento pleno y general en el Sr. Beatriz (para todo y por todo) y a pesar de ser personas físicas tiene indudablemente la condición de empresarios, y además, en cualquier caso, la finalidad del contrato de préstamo suscrito con la CAJA RURAL tenía una finalidad empresarial. Este último aspecto lo ratifica el texto literal del contrato suscrito con fecha 27 de abril de 2012, cuando en su estipulación primera dice que " *la Caja Rural de Soria, por medio de su representante, concede un préstamo de seiscientos treinta mil euros (630.000 ?) a D. Faustino y a Dña. Beatriz , en garantía del cual dichos señores constituyen hipoteca, a favor de Caja Rural de Soria, sobre la mitad indivisa de finca descrita en el apartado primero de la parte expositiva, **con destino a la inversión** ". En la parte expositiva de la escritura de préstamos se dice que a ·D. Faustino y a Dña. Beatriz , son dueños de una mitad indivisa de la siguiente finca con carácter ganancial: Urbana. Local comercial en dos plantas, precisamente la de sótano o primera desde abajo, y la de semisótano o baja a novel de la calle General Mola...". **El destino del préstamos es la inversión, lo hipotecado es un local de negocio, y la cantidad que se presta -630.000 ?- no es desde luego lo que manejan habitualmente los **consumidores**, ni la propia de un préstamo al consumo** . Y el demandante, con sus problemas de memoria actuales, en prueba de interrogatorio no descarta haber transferido el capital prestado ese mismo día, a una de sus empresas. En la actualidad en el bien hipotecado se ejerce por arrendamiento una actividad de odontología (según prueba documental practicada). Pero además, toda la prueba practicada a instancia de la demandada y apelante, demuestra la condición empresarial de la parte actora, y así es titular de muchas sociedades mercantiles, unas 10 (según certificaciones expedidas por los Registros Mercantiles de Soria, Burgos y Madrid), ha ostentado numerosos cargos de representación y dirección en las citadas empresas (a fecha enero de 2016, 9 cargos activos, y 30 cargos históricos, lo que se acredita igualmente con las certificaciones registrales), y está acostumbrado a celebrar contratos de préstamo u otros que pretenden la gestión de sus fondos, u obtener liquidez por millones de euros, con muchas entidades bancarias (dice la acota que con su entidad, al menos 9 millones de euros). Estos últimos datos los obtenemos a través de certificaciones del Registro de lo Mercantil, así como prueba documental consistente en distintas pólizas de crédito o de cuenta corriente con muchas y muy variadas entidades bancarias. Esta condición, a juicio de este juzgadora, es determinante, para presumir que los demandante se desenvolvían con soltura en el ámbito de la contratación de préstamos, **y podían conocer, no sólo por sí, sino por todo el asesoramiento que pudo y debió recibir (acorde con su importante posición empresarial)** , de todas las vicisitudes que al respecto pueden concurrir, y entre ellas la cláusula "techo-suelo". En prueba de interrogatorio, el Sr. Faustino y pesar de las dificultades que le generaba estar más separado de la actividad mercantil en los últimos tiempo, no dudo en reconocer que durante su vida ha estado muy vinculado con la actividad empresarial y financiera, firmando y negociando numerosos préstamos, créditos e hipotecas con muchos bancos, en representación de muchas sociedades, y en muchas ocasiones con la inclusión de cláusulas suelo, "posiblemente diez". Cuando se le pregunta si este último año ha concertado préstamos (dos) por más de un millón de euros, manifiesta que posiblemente.*

**CUARTO .-** Dicen la sentencia de esta sala antes mencionadas:

" *Para decidir al respecto, tendremos en cuenta la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016** , que en un caso similar concluye que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de **consumidor**. A continuación reproducimos por su interés algunos de los párrafos de dicha resolución que resultan plenamente aplicables al caso que nos ocupa:*



"TERCERO.- El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial.

1.- La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con **consumidores**, pero añade: «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, 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».

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no **consumidores**.

2.- A su vez, la Sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó 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, al decir: «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 su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"[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 [...]"-».

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no **consumidor** la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre. Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que: «[l]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con **consumidores**».

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: «La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los **consumidores**, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación».

Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril, estableció: «[en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de **consumidor** o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente» [...] «[l]as condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de **consumidor** o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC».

3.- Por su parte, las sentencias de Audiencias Provinciales que la recurrente invoca para apoyar su tesis, en su mayoría no afrontan el problema de la relación entre profesionales, sino que tratan casos en que se superpone o confunde la cualidad de **consumidor** y profesional del prestatario, bien porque aunque el préstamo se solicitó para el negocio, lo que se hipotecó fue la vivienda del prestatario, bien porque el inmueble hipotecado era al mismo tiempo el domicilio del prestatario y la sede de su negocio, bien porque se considera que un empresario puede actuar como **consumidor** en determinada operación bancaria ajena a su ámbito profesional.

CUARTO.- Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no **consumidores**.

1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no **consumidores**, postula que sí pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.



2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el **consumidor** en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ( sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre ).

Como recordamos en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre , ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 138/2015, de 24 de marzo , que este doble control de transparencia consistía en que, además del **control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical** , hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato: «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

3.- **Pero este control de transparencia** diferente del mero control de inclusión está **reservado** en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con **consumidores** , conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del **consumidor**, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de **consumidor**.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no **consumidor**, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual.

No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes **consumidores** y no **consumidores**.

QUINTO.- La buena fe como parámetro de interpretación contractual.

1.- Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias - publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).

2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente ( sentencias 849/1996, de 22 de



octubre ; y 1141/2006, de 15 de noviembre ). *Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación».*

**QUINTO** .- Teniendo en cuenta la anterior doctrina, procederemos a continuación a analizar el supuesto de autos. En primer lugar diremos que al no tener los demandantes el carácter de **consumidores**, no procede realizar el control de transparencia, sino únicamente el control de incorporación.

La cláusula segunda del contrato de préstamo, que se dedica a los intereses remuneratorios dice:

*" El capital prestado devengará a favor de la Caja Rural de Soria, durante el primer año, el interés de seis con cincuenta por ciento (6,50%) anual, pagadero por meses vencidos; los intereses se calculan en base al año comercial de 360 días.*

*El tipo de interés pactado será revisado al alza o a la baja en el momento y medida que a continuación se establece.*

*Durante el primer año el interés a aplicar será el fijado inicialmente, es decir, el seis con cincuenta por ciento (6,50%) y la revisión del mismo se efectuará a partir de dicha fecha cada año.*

*El nuevo tipo de interés que se aplique como consecuencia de las futuras revisiones será el resultado de sumar tres (3,00) puntos porcentuales al interés de referencia que se define en el siguiente párrafo.*

*EURIBOR AÑO A DHA.*

*Se entiende por Euribor.....*

**Índice de referencia sustitutivo.**

*Si el Euribor así definido deja de publicarse...*

**Sin perjuicio de lo pactado anteriormente, las partes acuerdan que el interés resultante a la parte prestataria en cada revisión, no podrá ser inferior al seis con cincuenta por ciento (6,50%), ni superior al doce con cincuenta por ciento (12,50%) nominal anual ."**

Es este último inciso el que se pretende se declare nulo.

Desde el punto de vista gramatical, resulta que esta cláusula supera el control, de incorporación. Es una cláusula redactada con claridad y sencillez, y se le da el carácter de excepción frente a lo pactado inmediatamente antes. Y así se dice "sin perjuicio de lo pactado anteriormente". Es evidente por la explicación contenida en la total cláusula segunda, que se estaba fijando una excepción, consistente en un mínimo para el interés remuneratorio a aplicar al capital prestado, independientemente del tipo de interés que resultare de sumar un 3% al EURIBOR, o si éste desapareciera, al índice sustitutivo. **La redacción es sencilla, transparente y concreta** , y **está colocada en la parte del contrato que se refiere a los intereses remuneratorios** (en otra cláusula, la quinta, se habla de los intereses moratorios). Por ello, **la sistemática es correcta** , y así tras explicar que durante el primer año el interés será en todo caso el 6,50 %; dice que después este interés se revisará al alza o a la baja, y el nuevo tipo de interés será el que resulte de sumar un 3% al EURIBOR o, si éste desapareciera, al índice de referencia sustitutivo, y justo cuando termina de explicar como se hace la revisión, con una expresión disyuntiva dice que " sin perjuicio de lo anterior existe un mínimo de interés, 650% y un máximo 12,50%". **La cláusula es lógica en concreto** , ya que fija un mínimo equivalente al tipo de interés pactado para la primera anualidad -un 6,50%, de manera que el prestatario ya manejaba dicho porcentaje; y **es lógica en general** , ya que es completamente comprensible que un empresario quiere buscar cierta previsibilidad por lo que se refiere al interés que va a tener que pagar por tan importante capital prestado (630.000 ?); de ahí que se respete el equilibrio económico del contrato, y se dé adecuada satisfacción a lo que de un lado, el prestatario, y de otro, el prestamista, pueden esperar de un contrato de préstamo. Se mire por dónde se mire, no es posible pensar que con esta estipulación se quería referir a otra cosa el banco, no se atisba de ningún modo ambigüedad u oscuridad. La cláusula es transparente desde el punto de vista **documental o gramatical** , y proporcional desde el punto de vista de la carga jurídica y económica que depara un contrato de préstamo.



Y finalmente también queda acreditado que no fue una cláusula que se sacó de la manga en el último momento el banco, ya que de la nota previa trasladada al notario por parte del banco (prueba documental aportada por la demandada apelante), se desprende que esta cláusula se contenía, explicando que el interés era variable, de modo que eso denota que antes fue conocida, y además tratándose de un préstamo con garantía hipotecaria, y por lo tanto, con documentación en escritura pública preceptiva, el notario además de juzgar con capacidad necesaria a las partes (incluido el demandante Sr. Faustino , que parece que muy posteriormente es diagnosticado de una enfermedad que implica cierto deterioro del conocimiento), y explica el contenido de los pactos, de los que ambas partes manifiestan tener conocimiento. Por lo demás, la dilatada carrera empresarial de los demandantes, y las numerosas veces que ha negociado, pólizas, créditos o préstamos con los bancos (y al respecto véase lo argumentado más arriba acerca del carácter empresarial del demandante), hacen muy difícil pensar que a éste le hubiera "introducido" sin saberlo una cláusula suelo, o que no supiese lo que suponía o implicaba una estipulación de tales características.

En conclusión y siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, no podemos afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la entidad bancaria prestamista. Al contrario, se ha declarado probado que hubo que la prestataria TUVO Y PUDO TENER perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula suelo-techo. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la actora.

**SEXTO** .- Por todo lo anterior, consideramos que el recurso de apelación debe ser estimado, debiendo revocarse la sentencia apelada, sin que proceda, en consecuencia, realizar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Tanto en materia de costas de la apelación, como de costas de la primera instancia y no obstante la desestimación de la demanda, y siguiendo la orientación mantenida por las sentencias de esta misma sala, a las que se ha hecho referencia, consideramos que existen dudas de derecho bastantes para no proceder a su imposición a ninguna de las partes, *ex artículo 394,1º de la LEC* . En este sentido señaláramos que la propia *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016* , en la que nos basamos, cuenta con un voto particular en sentido contrario y alguna Audiencia Provincial ha dictado sentencias contrarias atendiendo a las concretas redacciones de la cláusula suelo controvertida, como es el caso de las *sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 13 de noviembre de 2014 y de la Audiencia Provincial de Lugo de 24 de abril de 2015* . Decisión en la que se abunda a la vista de las características de los litigantes, por un lado una entidad financiera, por el otro lado un importante empresario.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**QUE ESTIMANDO COMO ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. NIEVES GONZALÉZ LORENZO, en nombre y representación de CAJA RURAL DE SORIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, contra la *sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Soria, de fecha 20 de junio de 2016* , en los autos de juicio ordinario nº 449/15 de ese Juzgado, y en su consecuencia **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS DICHA RESOLUCIÓN** , y en su lugar debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por D. Faustino y su esposa D<sup>ña</sup> Beatriz , sobre nulidad de la cláusula contractual denominada "suelo-techo", contra la citada entidad bancaria, sin **hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de ninguna de las instancias**.

Así por esta nuestra Sentencia, que será notificada en forma legal a las partes, haciéndoles saber que, caso de interponer Recurso de Casación ó Extraordinario por Infracción Procesal, deberá acreditar al tiempo de su interposición la consignación de la suma de 50 ?; en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales aperturada en el Banco Español de Crédito, cuenta expediente nº 4162 0000 01 seguido del nº de procedimiento (4 dígitos) y del año (dos dígitos) debiendo indicarse en el campo "concepto" del documento resguardo del ingreso, que se trata de un "Recurso", seguido del código 06 (casación) ó 04 (Infracción Procesal). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse a continuación de los 16 dígitos de la cuenta de expediente (Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre), lo pronunciamos, mandamos y firmamos.