

**AUDIÈNCIA PROVINCIAL  
SECCIÓ PRIMERA  
GIRONA**

**APEL·LACIÓ CIVIL**

**Rotlle núm. 312/2016**

Actuacions: procediment ordinari núm. 405/2014

Jutjat Mercantil 1 Girona

**SENTÈNCIA NÚM. 25/17**

**PRESIDENT**

Fernando Ferrero Hidalgo

**MAGISTRATS**

Carles Cruz Moratones

Núria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, vint-i-quatre de gener de dos mil disset

Hem vist el rotlle d'apel·lació núm. 312/2016, en el qual ha estat part apel·lant  
representada pel procurador

i dirigida per la lletrada

i part apel·lada

representada pel procurador

dirigida pel lletrat

Ha actuat com a ponent en la vista  
d'aquest recurs el magistrat Carles Cruz Moratones.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El Jutjat Mercantil 1 Girona, en les actuacions 405/2014, que se segueixen a

instància \_\_\_\_\_, contra \_\_\_\_\_ va dictar Sentència la decisió de la qual, literalment copiada, diu així: "Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por don \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ representados por el procurador de los tribunales doña \_\_\_\_\_ contra la entidad de crédito \_\_\_\_\_ representada por el procurador de los tribunales don \_\_\_\_\_

- *DECLARANDO el sobreseimiento de las actuaciones respecto de la pretensión principal de nulidad de la cláusula descritas en el hecho primero de la demanda, por el efecto preclusivo de la cosa juzgada material por la firmeza de la sentencia de 26 de julio de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, que declaraba la nulidad de la condición general de la contratación empleada por la entidad \_\_\_\_\_ relativa a la "cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, condición general primera. 3.3. del contrato de préstamo hipotecario. Todo ello, en base a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm, 705/2015, de 23 de diciembre, que desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por '*

- *CONDENANDO a la entidad de crédito \_\_\_\_\_ a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario sin la incidencia de la cláusula declaradas nula, con restitución a los actores de las cantidades que hubiera efectivamente pagado en exceso por aplicación de la citada cláusula.*

*Sin especial pronunciamiento en materia de costas."*

**Segon.** La part demandada \_\_\_\_\_ va recórrer en apel·lació contra la Sentència esmentada i per aquest motiu les actuacions es van elevar a aquesta Audiència, i es van seguir els tràmits establerts a la LEC.

**Tercer.** En la tramitació d'aquest recurs s'han observat les prescripcions legals corresponents.

## **FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** No acceptem els de la Sentència contra la qual s'apel·la.

**Segon.** En el present procediment ordinari, la part demandant el matrimoni Srs. \_\_\_\_\_, insten la nul·litat de la clàusula sòl del contracte de préstec hipotecari que varen concertar en data 19.3.07 amb el demandat \_\_\_\_\_ (en endavant \_\_\_\_\_) i de manen la devolució de les sumes percebudes de més gràcies a l'aplicació de la dita clàusula sòl. La sentència d'instància estima íntegrament la demanda i contra la mateixa s'alça la part demandada.

**Tercer.** En el seu escrit de recurs la part apel·lant es centra essencialment en dos motius: el primer, que els demandants no actuaren com a consumidors i, per això, el control d'abusivitat només ha de ser el d'inclusió (o transparència formal, en paraules del TJUE en la seva recent sentència de 21.12.,16) i el segon que la eventual retroactivitat de la devolució de quantitats ha de fer-se des del 23.12.15. Vegem la primera de les qüestions plantejades perquè condiona el resultat de l'anàlisi.

**Quart.** Hem d'examinar els fets acreditats que passen perquè el matrimoni \_\_\_\_\_ va obtenir un préstec hipotecari en data 19.3.07 per import d'1.650.000€ i va gravar amb hipoteca la finca propietat en exclusiva de la Sra. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ (habitatge habitual del matrimoni). Segons els propis demandants aquesta operació va servir perquè un mes i mig després la societat \_\_\_\_\_ (en endavant \_\_\_\_\_) pogués disposar d'efectiu per a comprar la finca situada al carrer \_\_\_\_\_, habitatge on volien anar a viure. D'aquesta manera-segons els propis demandants- atès que l'habitatge de \_\_\_\_\_ era de valor molt superior al nou que volien adquirir, "optimitzaven els costos fiscals derivats de l'increment patrimonial derivats de la venda de la finca de \_\_\_\_\_ i poder deduir d'aquell increment \_\_\_\_\_, el diner destinat a la nova adquisició de l'habitatge que havia de ser l'habitual a \_\_\_\_\_

Aquesta societat \_\_\_\_\_ en aquells moments (any 2007) era propietat del matrimoni en meitat de les seves participacions. El seu objecte social era el de "*Inmobiliaria. Constructora. Explotación campings, restaurantes, hoteles y actividades con la hostelería y restauración...*" com es pot llegir en la certificació del Registre Mercantil que figura en el foli \_\_\_\_\_

Posteriorment en data 31.7.12 es va produir la fusió per absorció d'aquesta societat per la societat \_\_\_\_\_

Aquesta societat estava constituïda pel matrimoni \_\_\_\_\_ i pels pares del Sr. \_\_\_\_\_

sent els primers socis majoritaris en un 61%, segons reconeixen. Anteriorment a la fusió, el Sr. [redacted] – administrador únic de les dues societats- ja era titular del 59,50% de les seves participacions (declaració fiscal model 201, foli 86) i també disposava del 99% de la societat SERVICIOS [redacted] i el mateix percentatge de les participacions de la societat [redacted].

La societat absorbent

Té com a objecte social "*Arrendamiento y Servicios de mantenimiento de instalaciones turísticas ubicadas en camping, así como terrenos e instalaciones anexas. Compraventa, permuta, adquisición y enajenación por cualquier tipo de fincas rústicas y urbanas, así como el arrendamiento. Operaciones inmobiliarias, construcción de obres...*" (foli [redacted]).

A la vista de totes aquestes circumstàncies podem constatar que l'activitat professional (pel que aquí hem conegut) del matrimoni [redacted] està vinculat a les operacions immobiliàries amb finalitats d'explotació turística o d'altra classe. No es tracta doncs com al·leguen que [redacted] sigui una simple societat patrimonial dels bens del matrimoni, sinó que és una part més de la seva activitat professional, en especial, del marit Sr. [redacted] qui ostenta una clara posició dominant en l'àmbit dels negocis compartits amb la seva dona, com ho acredita la seva aportació com a administrador únic, i també una molt superior titularitat de les participacions de les diferents societats.

**Cinquè.** Ateses les circumstàncies fàctiques hem d'entrar en la consideració de si estem davant d'uns prestataris als quals podem definir com a consumidors.

Recordem que l'article 3 del Text Refós de la Llei per a Defensa de Consumidors y Usuarios aprovat per Regal Decret Legislatiu 1/2007, estableix el concepte general de consumidor i d'usuari en els termes següents: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidoras o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional."

Aquest article està en consonància amb l'article 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consell de 5.4.93 que diu "que actui amb un propòsit aliè a la seva activitat professional" i es refereix al cas de la persona física actua com a destinatària final dels béns o serveis adquirits i no els integra en processos relacionats amb el mercat (STS 18.6.12).

Ja amb anterioritat a la reforma de Llei de Consumidors i Usuaris, operada pel RD Legislatiu 1/2007, la Sentència del Tribunal Suprem de 15.12.05 havia dit: *"El art. 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios ( sentencias de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004) "*.

En el mateix sentit es pronuncia la STJUE de 14.3.13 en el cas C-419/11 diu el següent: *"34. El Tribunal de Justicia ha concluido al respecto que sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Convenio para la protección del consumidor, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (véase la sentencia Gruber, antes citada, apartado 36, y, en este sentido, la sentencia Benincasa, antes citada, apartado 17)."*

És a dir, que si bé una persona física o jurídica pot tenir també la condició de consumidor ha d'actuar en un àmbit que no sigui en la de la seva activitat empresarial. Lògicament la persona jurídica que afirma actuar com un consumidor, per veure's protegit per la legislació tuitiva que l'empara, ho ha de demostrar.

Hem de descartar, per raons de temporalitat, l'aplicació de la 3/2014 que reforma parcialment el RDL abans acabat d'esmentar, així com també la legislació catalana sobre la matèria continguda en la Llei 20/2014.

**Sisè.** A la vista de les circumstàncies fàctiques abans recollides sobre l'activitat duta a terme pel matrimoni ja no pot sorprendre que arribem a la conclusió

que no poden classificats com a consumidors. La seva activitat professional de conjunt no és altra que la bescanviar rendiments econòmics d'explotació de béns immobles, bé sigui en lloguer, bé sigui en compravenda, i els de caire fiscal que es puguin obtenir de les dites activitats. Per això, no és significatiu, en aquest cas, que figurin compres de béns mobles o del parament de la llar amb el domicili de la nova propietat adquirida per la societat, però a nom d'un dels membres del matrimoni, o bé que hi figuri el domicili el de \_\_\_\_\_ en la sol·licitud de preinscripció d'un fill, però que, en canvi, l'any 2012 quan es produeix la fusió segueixi indicant la mateixa part demandant que el domicili és el de \_\_\_\_\_. Quan s'actua per motivacions empresarials o lucratives (tant la compravenda com el lloguer), aquests detalls no sempre són tan reveladors, com quan no s'hi actua. Per cert, no hi figura entre la variada documentació incorporada al document 9 de la demanda cap certificat d'empadronament.

**Setè.- Control de inclusió (transparència formal) però no de transparència (material). Legislació i jurisprudència aplicables.**

Establert, doncs, que els prestataris no són consumidors i que no poden per aquesta raó tenir el grau màxim de blindatge que els dispensa la Directiva 93/13/CEE, no per aquesta raó no poden ser objecte de protecció. La llei 7/1998 de condicions generals de contractació atorga protecció també als que es veuen sotmesos a aquesta classe de condicions.

Partint com a correcta jurídicament la argumentació de la sentència de instancia respecto de la consideració de les estipulacions impugnades en el contracte de préstec hipotecari como condiciones generales de la contractació, la normativa a aplicar no es altra que Llei 7/1998 esmentada y la normativa general sobre nul·litat dels contractes, doncs com diu l'article 8.1: *Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. I 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. I l'article 9.1 disposa que: "La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual."*

També l'article 5.1. preveu que *"las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. I en el seu apartat 5 s'exigeix que:"* La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez."

En l'article 7 s'estableix *"No 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

Per la seva banda, la jurisprudència en casos d'adherents no consumidor, la podem resumir el la de 3 de juny de 2016 del Tribunal Suprem (Sala Primera) en la que se demanava la nul·litat d'una clàusula sòl per una no consumidora en la que es raonava que :

*"...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.*

En resum, podem dir que la doctrina del Tribunal Suprem conclou que quan es tracta d'un contracte d'adhesió per un no consumidor cal estar només al control d'Inclusió o incorporació ("transparència formal" en denomina el TJUE en la seva sentència de 21.12.16) i no pel control de transparència ("transparència material", ho denomina la mateixa sentència del TJUE). I la primera consisteix en examinar la incorporació de la clàusula discutida en el contracte, que hagi estat signada per la part obligada i que la seva redacció no sigui il·legible, obscura o incomprensible.

**Vuitè.-** Examinada la legislació i la jurisprudència aplicable al cas dels contractes d'adhesió per un no consumidor, hem de veure les circumstàncies concretes que són rellevants en el cas present.

La clàusula sòl pactada (la primera epígraf 3.3 llegim "*Limite a la variación del tipo aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del **cuatro enteros setecientos cincuenta milésimas por ciento (4,750%)***") (la negreta hi és a l'original, foli 47).

Si tenim en compte a) que el contracte de préstec amb garantia hipotecària no és un producte financer complex (no està ni inclòs en l'article 2 de la Llei de Mercado de Valores); b) que el préstec no era d'una quantitat insignificant com per passar desapercebuda l'obligació de la devolució amb interessos; c) que el Sr. Cruz és un professional del món dels negocis i més, en concret, en l'activitat en el sector immobiliari; d) els destacats tipogràfics de la clàusula, que estava ubicada dins l'epígraf "3. Intereses" (textual), i e) que era lleugerament inferior al tipus d'interès del primer any (4,950%) resulta inversemblant que no entengués el contingut de la dita clàusula. Altra cosa que no li donés la importància que posteriorment ha tingut perquè a partir del mes de gener de 2009 va venir la desplomada de l'Euríbor i va ser a partir de la data de renovació en aquell any dels préstecs quan les entitats de crèdit varen començar l'aplicació de la clàusula sòl.

I en aquest cas, hem pogut comprovar que no es donen cap d'aquestes característiques previstes en l'article 7.b) de la Llei 7/1998 (*Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*) que permetessin ofuscar la ment dels obligats i fer-los desconixedors d'allò que signaven.

Així doncs, la clàusula sòl impugnada pels demandats no pot ser declarada nul·la en aplicació de la Llei 7/1998 i això fa que no calgui entrar en l'altre tema de debat consistent en quina data d'efectes ha de tenir la declaració de nul·litat (i la devolució de les sumes percebudes en excés per l'entitat prestamista). Aquesta conclusió comporta la desestimació de la demanda sense fer imposició de les costes en la instància ateses els dubtes de dret existents en la matèria fins que finalment s'han clarificat pel Tribunal Suprem i el TJUE.

**Novè.-** L'estimació del recurs comporta no fer cap pronunciament de condemna respecte la imposició de les costes d'aquesta alçada, en aplicació de l'article 398.2 de la LEC.

## **DECISIÓN**

**1. ESTIMEM** el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de BANCO POPULAR.

**2. REVOQUEM** la Sentència dictada pel Jutjat Mercantil núm. 1 de Girona, en les actuacions de judici ordinari 405/2014 de les quals dimana aquests Rotlle i desestimem la demanda d'origen interposada pel Sr. i la Sra.

... i absolem al ... sobre nul·litat de la clàusula sòl pactada entre ells, sense fer especial pronunciament sobre les costes de la instància..

No fem especial pronunciament sobre les costes causades en aquesta alçada.

Contra aquesta sentència hi cap recurs de cassació per interès cassacional davant el Tribunal Suprem, en els termes indicats en l'article 476-2-3<sup>a</sup> i 3 de la LEC.

També hi cap recurs extraordinari per infracció processal d'acord amb l'article 469 i la Disposició Final 16 de la LEC.

Procediu a la devolució del dipòsit constituït per la part demandada en aplicació de l'apartat 8 de la de la DA 15 de la LOPJ.

Aquesta és la nostra Sentència que, jutjant de manera definitiva, pronunciem, manem i signem i que es dipositarà al Llibre de sentències d'apel·lació.

**PUBLICACIÓ.** En data d' avui, CARLES CRUZ MORATONES, magistrat ponent, ha llegit i publicat la Sentència anterior en audiència pública. En dono fe.