

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA**

Anelante/s.

Procurador/es: JULIA SALGADO LOPEZ
Letrado/s: AURELIO SERRANO GARCIA

Apelado/s: LA CAJA RURAL CENTRAL, SDAD. COOP. DE CDTO.
Procurador/es : CARMEN FERNANDEZ LAORDEN
Letrado/s: FRANCISCO JAVIER FERNANDO FERRANDEZ SALA

ROLLO DE SALA Nº 1725-CL1662/19

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 87/17

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA ORIHUELA-4

SENTENCIA NÚM.515/2020

Ílomos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Carlos Javier Guadalupe Forés.

Magistrado: Don Francisco Javier Martínez Medina.

En la ciudad de Alicante, a uno de junio de dos mil veinte.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ílomos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en los asuntos de lo mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 87/17, sobre condiciones generales de la contratación, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Núm. 4 de Orihuela, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora,

representada por la Procuradora Doña Julia Salgado López, con la dirección del Letrado Don Aurelio Serrano García; y, como apelada, la parte actora, CAJA RURAL CENTRAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, representada por la Procuradora Doña Carmen Fernández Laorden, con la dirección del Letrado Don Francisco Javier Fernando Ferrández Sala.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 87/17 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 4 de Orihuela se dictó Sentencia de fecha doce de septiembre de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que **desestimando** la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Fernández Laorden, en nombre y **representación** de*

contra CAJA RURAL CENTRAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, se absuelve a ésta de los pedimentos esgrimidos en su contra, con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora y, tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a la adversa, la cual presentó el escrito de oposición.

Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a la Sección Novena de esta Audiencia Provincial que, mediante auto de 12 de noviembre de 2019, se inhibió a favor de este Tribunal, donde fue formado el Rollo número 1725-CL1662/19, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día doce de mayo, en el que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Carlos J. Guadalupe Forés.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que inicia este proceso tiene por objeto una pretensión declarativa de nulidad de las cláusulas Tercera Bis, relativas a la limitación de la variación del tipo de interés aplicable, insertas en la escritura de préstamo hipotecario y de ampliación y novación de préstamo hipotecario

otorgadas entre las partes el día 16 de febrero de 2006 y 22 de diciembre de 2009, respectivamente, con pretensión de condena al recálculo del cuadro de amortización del préstamo y a la restitución de las cantidades abonadas de más en su aplicación, más intereses legales y costas.

La Sentencia de instancia desestimó la demanda, en esencia, por considerar evidenciada la condición de no consumidora de la parte demandante, no habiéndose justificado la infracción de la buena fe contractual.

Frente a la misma se ha alzado la parte actora, que insiste en esta alzada en los argumentos que, con carácter subsidiario, aducía en su demanda, a saber, que se trata de una cláusula sin causa lícita, contraria a la moral y a la buena fe contractual (dolo incidental - mala fe), siendo así que, además, no supera el control de incorporación exigible en toda contratación entre profesionales, no habiendo acreditado la entidad demandada haber suministrado información a la prestataria sobre su inclusión en contrato, y hallándose enmascarada la misma entre su contenido.

La parte demandada se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO.- Una vez reconocido el carácter profesional de la intervención de los demandantes en las operaciones contractuales objeto de litigio y, en atención a los argumentos jurídicos en que se apoyan las pretensiones de la demanda y del recurso de apelación con carácter subsidiario, hemos de traer aquí a colación la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo basada en la infracción de la buena fe contractual, reconocida en los artículos 57 del Código de comercio y 1.258 del Código civil, y en el desequilibrio contractual generado, cuando no se acredita por la entidad demandada haber suministrado información a la prestataria sobre su inclusión en contrato.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en tres Sentencias sucesivas -STS 30/17, de 18 de enero, 41/17, de 20 de enero y 57/17, de 30 de enero- ha fijado y consolidado la doctrina iniciada en la STS 367/2016 respecto del régimen jurídico aplicable a los contratos entre profesionales, cuando del análisis de condiciones generales de contratación se trata.

Podemos sintetizar esa doctrina del siguiente modo:

1) La abusividad queda circunscrita a los contratos de consumidores. De conformidad con el art. 8.2 LCGC, "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". El concepto de consumidor se contiene en el art. 3 LGDCU ("Concepto general de consumidor y de usuario"), que dispone que "...son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

Por tanto, en la contratación entre empresarios, no cabe hablar de cláusulas abusivas, de conformidad con la LGDCU.

2) El control de incorporación de las condiciones generales se extiende, sin embargo, a cualquier cláusula de dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no -art 5.5 y 7 LCGC-.

3) En la contratación entre profesionales o empresarios pueden darse situaciones de abuso de una posición dominante, por parte de uno de ellos, que deben analizarse desde el prisma de las normas generales de la nulidad contractual. Por tanto, podrá declararse la nulidad de una condición general que sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, de conformidad con la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones.

4) La remisión a la legislación contractual general requiere tener en cuenta los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, que establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe.

5) Sería contraria a la buena fe la cláusula que modifica subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato. También lo sería la cláusula "sorprendente", que sería aquella estipulación que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, es tan insólita que el adherente no podía haberla previsto razonablemente, en cuanto que excede del contenido

natural del mismo (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de su naturaleza). También, en definitiva, hacer un mal uso de la capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

6) En el análisis de las circunstancias antes expresadas, "...habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc".

7) "Habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente".

TERCERO.- Acogiendo y aplicando al presente caso los parámetros establecidos en las referidas STS, podemos concluir que:

i) en las escrituras públicas que nos ocupan, la cláusula en cuestión está recogida en un párrafo aislado de la estipulación Tercera Bis, de la siguiente manera: "El tipo de interés que resulte **no podrá ser inferior a cuatro enteros por ciento (4,00%), ni superior a once enteros por ciento (11,00%)** nominal anual"; y "El tipo de interés que resulte **no podrá ser inferior a cuatro enteros y veinticinco centésimas de entero por ciento (4,25%), ni superior a once enteros por ciento (11,00%)** nominal anual".

Hemos de convenir que, más allá del uso parcial del texto en negrita, la redacción de la cláusula no aparece suficientemente destacada del resto del clausulado y puede pasar desapercibida sin una exhaustiva información previa

y/o **simultánea** a la suscripción del contrato. **Especialmente**, si se tiene en cuenta su ubicación en el contrato.

Así las cosas, hemos de poner de relieve la escasa actividad probatoria desplegada en este punto por la entidad demandada, como veremos a continuación.

ii) Caja Rural no ha aportado la Oferta Vinculante ni el folleto informativo de ninguna de las operaciones.

Respecto al préstamo hipotecario de 2006, se aporta la Solicitud de préstamo (doc. 2 contestación) y la Propuesta de informe (doc. 3), ambas suscritas por los prestatarios, si bien ello, por sí sólo, no acredita su entrega efectiva. Más importante resulta, si cabe, que las referencias en tales documentos a la limitación del tipo mínimo se hallan igualmente enmascaradas entre multitud de datos y sin ningún tipo de advertencia expresa.

Respecto a la segunda operación, de ampliación y novación de préstamo hipotecario, sucede lo mismo (Solicitud ampliación, doc. 4), si bien en este caso dicho documento ni siquiera se halla **suscrito** por los prestatarios.

En suma, no existe ningún documento que nos permita colegir que la parte actora conoció en su momento la inclusión de esta cláusula en contrato ni, mucho menos, que pudiera intervenir en su negociación.

iii) tampoco el Notario actuante hizo advertencia alguna en ninguna de las dos escrituras sobre la existencia de esa limitación a la variación del tipo de interés; ni tan siquiera hace referencia alguna a la existencia de oferta vinculante ni, mucho menos, al hecho de haberse respetado en el instrumento público las condiciones financieras ofrecidas en la oferta vinculante.

Se limita el fedatario público a decir, textualmente, que "la redacción (de la escritura) corresponde a condiciones generales de la contratación de dicha entidad financiera, manifestando don . . . que desconoce si figuran inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación". Huelga cualquier otro comentario sobre el particular.

iv) si bien resulta evidente, y así se ha reconocido, que la finalidad del préstamo no era de consumo, también lo es que nos encontramos ante una empresa familiar, dedicada al comercio al por menor de muebles y colchones, y la financiación solicitada tenía como destino, en primer término, la adquisición de un inmueble (local comercial) destinado al desarrollo de ese **objeto social**, y

no a la explotación como tal del mismo. Y la posterior **operación de ampliación** (en 2009) se **destinó** a la amortización **inmediata** (véase movimiento **bancario** doc. 7c contestación) de una póliza de crédito en cuenta corriente (doc 6), lo que da verosimilitud a las dificultades de financiación que atravesaba la parte actora.

En todo caso, tampoco se ha justificado en modo alguno que los demandantes tuvieran una experiencia previa y/o especial conocimiento en la contratación y negociación de este tipo de operaciones.

v) en íntima relación con lo anterior, también cabe **destacar**, en cuanto a la actividad probatoria de la parte demandada - que, todo sea dicho, insiste principalmente en su oposición al recurso en la condición de no consumidora de la adversa, sin llegar a desvirtuar debidamente los argumentos relativos a la ausencia de buena fe contractual, arts. 57 Cco y 1258 CC - que ni siquiera se han aportado los extractos bancarios mensuales con la información que se viene a proporcionar en ellos sobre cada cuota que se va amortizando, con su importe, tipo de interés, límite aplicado en su caso,...

vi) por último, a todo lo anterior cabe añadir la falta de equilibrio contractual que suponen las estipulaciones impugnadas, quedando así completados los presupuestos necesarios para la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento jurídico anterior.

En efecto, como ya hemos declarado en multitud de ocasiones, la contemplación de un suelo y un techo (11%), aparentando equivalencia o reciprocidad, puede llevar a confusión, pues hacer ver erróneamente que la cláusula jugará a favor o en contra de cada una de las partes del contrato, impidiendo entender el verdadero sentido del contrato pactado.

En el presente caso, la cosa va más allá, pues se pacta como límite mínimo un tipo (4-4.25%) que coincide con el tipo fijo inicial del contrato y, a mayor abundamiento - y así se deriva de **la pericial aportada con la demanda** (doc. 4) - con el tipo de referencia más diferencial (euribor + 1,25% = 4,15%) establecido como interés variable en el año 2006, lo cual supone, a efectos prácticos, la conversión de un préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo *mínimo*, permítasenos la expresión. Situación que se agrava en el año 2009, cuando el tipo de referencia más el diferencial pactado como interés variable (euribor + 1,25% = 2,49%) resultaba muy inferior al límite mínimo

establecido en la operación de ampliación y novación de hipoteca, incrementado a 4,25%, resultando así, en ese momento, totalmente estéril o inútil el interés variable establecido en contrato.

vii) en definitiva, la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta más arriba no tiene carácter automático y exige la concurrencia de una serie de datos y circunstancias contrastados que nos hayan de llevar a concluir, sin género de dudas, que la entidad demandada no observó en su actuación las reglas de la buena fe contractual, lo que, a la vista de la prueba practicada, analizada y expuesta más arriba, ocurrió en el presente caso.

En conclusión, hemos de acoger las alegaciones del recurso que impugnan la *ratio decidendi* de la Sentencia y, revocar sus pronunciamientos, conforme a la doctrina jurisprudencial aplicable al presente caso, estimándose íntegramente las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- En cuanto a las costas de la primera instancia, la estimación del recurso de apelación y, por ende, de las pretensiones íntegras de la demanda conlleva la imposición de las mismas a la parte demandada (art. 394.1 LEC).

La estimación del recurso conlleva asimismo la no imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada, según dispone el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Se acuerda la devolución del depósito constituido por la parte demandante para la interposición de su recurso.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con estimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Orihuela de

fecha doce de septiembre de dos mil dieciocho, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la mencionada resolución y, en su lugar, con estimación íntegra de la demanda:

1) debemos **declarar y declaramos** la nulidad de las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés aplicable insertas en la estipulación financiera Tercera Bis de la escritura de préstamo hipotecario otorgada el día 16 de febrero de 2006 y de la escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario otorgada el día 22 de diciembre de 2009, que se tendrán por no puestas; y, consiguientemente, debemos condenar y condenamos a la demandada al recálculo del cuadro de amortización del préstamo y a la restitución de las cantidades **indebidamente** abonadas en virtud de las referidas cláusulas, más el interés legal correspondiente, con imposición a la demandada del pago de las costas causadas en la instancia;

2) no procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada por el recurso de la parte actora;

3) se acuerda la devolución del depósito constituido por la parte actora para la interposición de su recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, **acompañados** de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación al poder presentar su resolución interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (**Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil**).

Al tiempo de la interposición del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 € por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER en el

caso de que legalmente proceda, sin cuya acreditación no se tendrá por interpuesto.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. *"D. Enrique García-Chamón Cervera.- D.Carlos J. Guadalupe Fores.- D. Francisco Javier Martínez Medina.- Firmado y Rubricado."*

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados . De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un **DEPOSITO** por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/1725/19/ en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº Expediente 2276/0000/04/1725/19/, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, **entidades** locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en la presente resolución son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación **pública por cualquier medio** o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la **Administración de Justicia**.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA