



Roj: **SAP SA 139/2017 - ECLI: ES:APSA:2017:139**

Id Cendoj: **37274370012017100139**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2017**

Nº de Recurso: **591/2016**

Nº de Resolución: **140/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EUGENIO RUBIO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SALAMANCA**

**SENTENCIA: 00140/2017**

N10250

GRAN VIA, 37-39

-

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

2

**N.I.G.** 37274 42 1 2015 0008073

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000591 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.2 de SALAMANCA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000853 /2015

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: MIGUEL ANGEL GOMEZ CASTAÑO

Abogado: ENRIQUE SANZ FERNANDEZ LOMANA

Recurrido: Erasmo

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: **AITOR MARTIN** FERREIRA

**SENTENCIA**

SENTENCIA NÚMERO 140/17

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DOÑA CARMEN BORJABAD GARCÍA

DON EUGENIO RUBIO GARCÍA

En la ciudad de Salamanca a catorce de marzo del año dos mil diecisiete.



La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el JUICIO ORDINARIO nº 835/2015 del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de los de esta ciudad, **Rollo de Sala Nº 591/2016** ; han sido partes en este recurso: como demandantes-apelados impugnantes **DON Erasmo Y LA ENTIDAD MERCANTIL E.B.C JEARFRU S.L** representados por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del Letrado **D.Aitor Martin** Ferreira y como demandado- apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A** . representada por el Procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño y bajo la dirección del Letrado Don Enrique Sanz Fernández Lomana.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** El día 12 de mayo de 2016 por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de esta Ciudad, dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: SE ESTIMA la demanda representada por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella en nombre y representación de Don Erasmo y la entidad EBC Jearfru S.L contra la entidad Banco Popular Español S.A representado por el procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño y se:

Declara la nulidad de la cláusula 3.3-"Limite de la variación del tipo de interés aplicable" en relación con la cláusula suelo de la Escritura de préstamo hipotecario de fecha 18 de mayo del año 2005; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites del 2.5% fijados en aquella. Condenado a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Se condena a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades que se hubiesen podido cobrar en exceso durante la aplicación de dicha cláusula suelo, desde fecha 9 de mayo de 2013 hasta su conclusión con la resolución que ponga fin a la misma; cuantía total que deberá reintegrarse en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales, que se hayan abonado durante dicho periodo, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiese podido cobrar sin la aplicación del suelo del 2.75% conforme a la fórmula pactada del tipo variable de Euribor más un 1.25% de diferencial, sin perjuicio de las bonificaciones a aplicar y que reducirán el diferencial.

No se hace declaración expresa sobre las costas procesales.

**SEGUNDO.-** Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por el procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño en representación del Banco Popular Español S.A, concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando, se dicte sentencia en la que estimando el recurso de apelación revoque la sentencia con desestimación de la demanda, en los términos contenidos en el suplico del escrito de contestación.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose e impugnando la sentencia, para terminar suplicando, se confirme la sentencia recurrida nº 116/2016 en los términos de la presente oposición (revocando la misma en lo que los efectos de la retroactividad se refiere, así como condenado a la demandada a las costas de la primera instancia en virtud del artículo 394 L.E.C ); confirmando la resolución en los términos manifestados, mediante los tramites que sean oportunos; condenando así mismo en costas al apelante con especial declaración de su temeridad y mala fe, tanto de la Primera Instancia como de esta alzada, en aplicación de los artículos 394, 397 y 398 L.E.C .

Contra dicha impugnación se presentó escrito por el procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño en representación del Banco Popular Español S.A, en el que después de hacer las alegaciones que tiene por conveniente termina solicitando que se dicte sentencia en la que desestimando el recurso de apelación, confirme la sentencia dictada en primera instancia, en lo que se refiere a la impugnación a la que ahora nos oponemos, con imposición de costas a la parte apelante.

**TERCERO.** - Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo Nº 591/16, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. **MAGISTRADO DON EUGENIO RUBIO GARCÍA.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente Recurso de Apelación, formulado contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2016 en los autos de Juicio Ordinario 853/2015 sobre nulidad de cláusula de límites a la variación del tipo de interés aplicable, en préstamo hipotecario, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 a que se refieren



estas actuaciones, cuyo fallo figura en los antecedentes de esta resolución alega en primer lugar la falta de legitimación activa del avalista

Sin embargo esta falta de legitimación activa alegada se debe desestimar al considerar que Don Erasmo en su calidad de avalista estaría legitimado pasivamente para soportar las consecuencias negativas de la escritura de préstamo hipotecaria suscrita, es decir, podría ser demandado por la entidad bancaria para el cumplimiento de las obligaciones del contrato cuyo cumplimiento garantizan como fiador del mismo, tal como consta en la cláusula cuarta del préstamo relativo al afianzamiento personal, del mismo modo debe estar legitimado activamente para pedir la nulidad de los mismos, tanto en su calidad de fiador como de administrador social de la entidad contratante, porque las consecuencias del contrato le pueden alcanzar.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 20 de diciembre de 2013 que considera que la actora sí ostenta la condición de adherente en relación con la póliza de préstamo hipotecario y su aplicación, al haber suscrito las mismas en su condición de fiador solidario. Como consecuencia de ello es adherente en relación con las cláusulas que determinen las obligaciones por él garantizadas, en tanto que asume las mismas como garante. En cambio, no tiene la condición de adherente en relación con cualesquiera otras ajenas a su ámbito de garantía y a las que únicamente quedase obligado el hipotecante.

En este caso del contenido de la escritura resulta que Don Erasmo actúa garantizando las obligaciones de la prestataria en calidad de fiador solidario, con renuncia además a los beneficios de orden, excusión o división e incluso se señala que en los casos de concurso de la parte deudora principal, la parte fiadora acuerda expresamente que con independencia del resultado que arroje la aprobación del convenio concursal o de la intervención o no del banco en la aprobación de dicho convenio, responderá solidariamente y de forma inmediata de la totalidad de la deuda de la parte deudora principal sin que ninguna quita o espera incluida en el convenio pueda ser invocada frente al banco es decir queda obligado incluso en este sentido con un mayor rigor que el deudor principal por lo que la conclusión no puede ser otra que considerar que tiene legitimación activa.

**SEGUNDO** . El segundo motivo de apelación se basa en el hecho de que el juzgador considera la condición de consumidora de la sociedad actora en atención a que la financiación no se destinó al desarrollo del objeto social, de la actividad principal de la sociedad sino a la adquisición de una vivienda destinada a domicilio habitual del administrador. Considera en esencia que no existe prueba alguna en las actuaciones que justifique que la vivienda es utilizada como domicilio particular ni que la financiación haya sido destinada para una actividad ajena al objeto social de la mercantil, y que por ello ni tan siquiera se refieren en la demanda a si la sociedad pudiera considerarse consumidora y en tal caso susceptible de protección desde la perspectiva de la normativa de consumo, señalando que es el Juzgador quien introduce esta variable en el debate.

Esta primera alegación debe ser rechazada ya que no es el Magistrado quien introduce esta variable en el debate sino que en la demanda se hace referencia a la condición de consumidores de los demandantes, así por ejemplo en el punto 2 de fundamento de derecho 6 de la demanda. Incluso esta condición de consumidor se alegó como hecho controvertido en la audiencia previa (folio 119)

Se trata a continuación de determinar la condición de consumidor de la mercantil EBC Jearfru SL.

El Magistrado de instancia a la hora de resolver se pronuncia con carácter previo sobre la condición de consumidora de la demandante analizando que la mercantil está dedicada al negocio del comercio de alimentos de pequeño tamaño dado su capital 3.005,06 euros que cuenta con almacén de frutas y verduras en el inmueble en el que adquiere la vivienda y plaza de garaje hipotecada, pero el préstamo no lo dedica a obtener financiación para su negocio, sino para que viva en el su administrador y fiador del préstamo, va a constituir su domicilio de habitual con plaza de garaje para guardar un vehículo, el numerario obtenido no va a ser integrado en ningún proceso de producción, activo o circulante para el negocio por lo que concluye que ostenta la condición de consumidor.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 1, apartados 2 y 3 , consideraba consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Por el contrario, continuaba diciendo, no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico, define a los



consumidores como toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; Esta definición, aunque no contradice realmente la anterior, es más clara y concisa y ello determina que cuando se redacta un Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, que entra en vigor el 1 de diciembre de 2.007, se redefinen los conceptos de consumidor y empresario. El artículo 3 del Texto Refundido, establecía que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

La reciente reforma operada por la Ley 3/14, de 27 de marzo en el TRLDC modificó el art. 3 que quedó redactado en los siguientes términos:

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas 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".

El concepto de consumidor, especialmente en el caso de los llamados "actos mixtos", ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso. La clave de la cuestión radica en atender a la finalidad del acto concreto analizado en cada supuesto, si éste se enmarca o no dentro de las actividades profesionales de quien lo realiza. Por ello, también podrá ser considerado consumidor a efectos de la aplicación de esta normativa aquél empresario o profesional en relación con un concreto contrato de adquisición o prestación de productos o servicios, si de algún modo tal actuación cae fuera del ámbito normal de sus negocios o actividad

La STJUE de 3 de septiembre de 2015, en relación con el contrato de préstamo concertado por un abogado para un propósito ajeno a la actividad de su despacho profesional, afirmó:

"Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete".

En consecuencia, la clave de la cuestión está en atender a la finalidad del acto y para ello resultará preciso analizar el conjunto de pruebas practicadas y en particular los términos del contrato cuyas cláusulas han de ser objeto de enjuiciamiento.

Expuesto los principios generales anteriores esta Sala comparte los argumentos expuestos por el Magistrado de Instancia para atribuir la condición de consumidor a estos efectos de la entidad demandante, así de la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario de fecha 18 de mayo de 2.005 (documento N°1 de los acompañados a la Demanda), no consta ni se deriva que haya actuado como una empresa en el ejercicio del objeto propio de su actividad, hasta el extremo de que la finalidad del préstamo responda a una actividad propiamente empresarial.

Así se deriva como acertadamente señala el Magistrado de Instancia del objeto social de la entidad "E.B.C Jearfru S.L" donde se señala que la sociedad tiene por objeto la explotación del negocio de comercio de alimentación en general y la realización de cualesquiera actividades de comercialización y propaganda de este tipo de negocio, es decir sin relación con el préstamo hipotecario objeto de la presente litis. Vivienda habitual de los avalistas tal como resulta de la declaración testifical de la hija de los mismos y que merece credibilidad ya que la vivienda se encuentra próxima al local donde la actividad de venta de fruta por parte del demandante, extremo este que no ha sido discutido, por lo que es lógico que este inmueble sea la vivienda habitual de Don Erasmo .

De estos datos a juicio de esta Sala se concluye efectivamente que el préstamo solicitado es totalmente ajeno a la actividad empresarial de la entidad demandante por lo que a los efectos del presente procedimiento tiene la condición de consumidor.

No planteándose el recurso en relación al fundamento de derecho cuarto, en el que se analiza la transparencia de la cláusula impugnada procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

**TERCERO** . En relación a la impugnación planteada por la representación procesal de los demandantes en lo relativo a la retroactividad desde la firma del de la escritura del préstamo hipotecario, de fecha 18 de mayo de 2005, señalar que la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016 ,



en la que declara que **El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.**

De manera que expuesto lo señalado en la anterior sentencia procede acoger las alegaciones promovidas por la representación procesal de Don Erasmo en su escrito de impugnación y se revoca el pronunciamiento que se contiene en dicha resolución en el sentido expuesto y en consecuencia condenamos a la Entidad Banco Popular Español S.A al reintegro de los intereses indebidamente percibidos por aplicación de la cláusula suelo techo declarada nula, desde el inicio del contrato.

En relación al segundo punto de impugnación relativo a la no imposición de costas en primera instancia dicho motivo debe decaer ya que se considera al igual que hace el Juzgador de Instancia que ha sido necesario verificar si a la entidad mercantil demandante le es aplicable el régimen de protección de consumidores y usuarios, por lo que no se comparte la alegación efectuada en relación a que el Juzgador no justifique la no imposición de costas. Por otra esta cuestión es objeto de controversia tal como se deduce de las diferentes soluciones adoptadas por diferentes Audiencias, lo que justifica la no imposición de costas.

**CUARTO.** Respecto a las costas procesales se desestima la apelación formulada y se estima parcialmente la oposición a la apelación, por lo cual conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer condena en las costas procesales de la segunda instancia, respecto a la oposición planteada a la apelación; y procede la condena en costas procesales del recurso de apelación, respecto a la parte recurrente.

#### FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal **de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A** contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, dictada por el juzgado de primera instancia nº 2 de esta ciudad . Con condena en las costas procesales del recurso a la entidad recurrente.

Se estima parcialmente la impugnación formulada por la representación procesal **de DON Erasmo Y LA ENTIDAD MERCANTIL E.B.C JEARFRU S.L,** contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2016 en el sentido de que los efectos de la nulidad de la cláusula suelo serán desde la fecha de inicio del contrato, confirmado el resto de pronunciamientos. No procede hacer condena en las costas procesales de la impugnación en esta alzada.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.