

## Juzgado de Primera Instancia

JPI de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares)

Sentencia num. 7/2018 de 15 enero

JUR\2018\39412



**CONSUMIDORES Y USUARIOS:** Notario que suscribe arrendamiento financiero para el desarrollo de proyecto empresarial ajeno a su condición de fedatario público: aunque el actor no actuaba en calidad de consumidor o usuario, sino como empresario, ello no obsta que pueda apreciarse la existencia de un abuso de posición dominante por parte de la entidad bancaria: aplicación e las normas generales de la nulidad contractual: cláusula de afianzamiento solidario: abusiva por contraria a la buena fe o causar desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

ECLI:ECLI:ES:JPI:2018:3

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 19/2017

Ponente:Ilmo. Sr. D. Margarita Bosch Ferragut

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00007/2018

CALLE TRAVESSA D EN BALLESTER S/N 2ª PLANTA EDIFICI SA GERRERIA  
07002 PALMA DE MALLORCA

Teléfono: 971 21 93 76 ,

Fax: 971 21 92 94

Equipo/usuario: 3

Modelo: S40000

N.I.G. : 07040 42 1 2017 0000536

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000019 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. Constantino

Procurador/a Sr/a. ONOFRE PERELLO ALORDA

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO MARE NOSTRUM, SA BANCO MARE NOSTRM,  
SA

Procurador/a Sr/a. MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI

Abogado/a Sr/a.

### SENTENCIA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000019 /2017.

JUEZ QUE LA DICTA: MARGARITA BOSCH FERRAGUT

Lugar: PALMA DE MALLORCA.

Fecha: quince de enero de dos mil dieciocho.

Demandante: Constantino .

Abogado: . Procurador: ONOFRE PERELLO ALORDA.

Demandado: BANCO MARE NOSTRUM, SA BANCO MARE NOSTRM, SA.  
Abogado: . Procurador: MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI.

En la ciudad de Palma de Mallorca, a Quince de Enero de 2.018.

VISTOS, por Dña. MARGARITA BOSCH FERRAGUT, Juez Ssta. del Juzgado de Primera Instancia número Cinco, de la Ciudad de Palma de Mallorca, los presentes autos nº 19/17 de Juicio Ordinario, instados por D. Constantino y en su representación el Procurador de los Tribunales D. Onofre Perelló Alorda y en su defensa el Letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués, contra la entidad Sa Nostra Inversiones EFC S.A., actualmente Banco Mare Nostrum S.A. y en su representación la Procurador de los Tribunales Dña. Maria Borrás Sansaloni, y en su defensa el Letrado D. Pedro Fuentes Guerrero; se procede seguidamente a dictar la presente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que con fecha 10 de enero de 2.017, tuvo entrada en este Juzgado, procedente de la oficina de reparto del Juzgado Decano, demanda de juicio ordinario, en virtud del cual, la parte actora alegaba los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables al caso, y terminaba suplicando que, en su día, previos los trámites de rigor, se dictara Sentencia de conformidad con el Suplico del escrito de demanda.

SEGUNDO .- Se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la parte demandada, a fin de que contestara a la demanda en el plazo de veinte días. Por la parte demandada se presentó en legal forma contestación a la demanda. Y habiéndose planteado mediante otrosídigo del escrito de contestación a la demanda cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad por Diligencia de Ordenación de fecha 21 de abril de 2.017 se dio traslado a SSª a fin resolver sobre la continuación del procedimiento. Por Auto de fecha 24 de abril de 2.017 se denegó la solicitud formulada. Por Diligencia de Ordenación de fecha 24 de abril de 2.017, se acordó convocar a las partes a una Audiencia Previa. En fecha 16 de junio de 2.017, se celebró la Audiencia Previa que venía acordada, el contenido de la cual es de ver en autos, dándose aquí, por reproducido. Se admitió en la propia Audiencia previa, y se señaló fecha de juicio el día 10 de enero de 2.018.

TERCERO .- En fecha 10 de enero de 2.018 se celebró el Juicio que venía acordado. No habiéndose suscitado por las partes vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de las pruebas ni hechos nuevos acaecidos o conocidos con posterioridad a la Audiencia Previa; se procedió a la práctica de la prueba admitida. Procediéndose seguidamente por su orden a efectuar un breve resumen sobre las pruebas practicadas, e informando seguidamente sobre los argumentos jurídicos en que las partes fundan sus pretensiones. Quedando el juicio visto para sentencia.

CUARTO .- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO

Por el Procurador de los Tribunales D. Onofre Perelló Alorda, en representación de D. Constantino , se ejercita acción de nulidad de la cláusula de afianzamiento personal contenida en el contrato de arrendamiento financiero, de fecha 28 de noviembre de 2.003; sustanciándose la referida acción, por los trámites prevenidos en la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34\)](#) , para el Procedimiento Ordinario.

### SEGUNDO

La parte actora afirma que el hoy actor es Notario del Ilustre Colegio de Baleares, y juntamente con el Sr. Notario D. Onesimo , y el Sr. Vicente eran socios de la entidad Inversiones Belmorán y se suscribió con la entidad Sa Nostra Inversiones S.L. y actualmente Banco Mare Nostrum en fecha 28 de noviembre de 2.003, contrato de arrendamiento financiero para el desarrollo de un proyecto empresarial ajeno a su actividad empresarial y que entendían que podría resultar altamente lucrativo para todos y a grandes trazos consistía en invertir en arrendamiento financiero mediante la adquisición de unos locales ya previamente arrendados a la

entidad Caprabo S.A. y para ello precisaban financiación que por circunstancias económicas solo podían acceder a través de la entidad hoy demandada. Afirmándose que en las negociaciones y tratos previos a la formalización de la operación tanto el hoy actor como el resto de socios de la entidad Inversiones Belmorán trataron con D. Camilo , apoderado de la entidad hoy demandada. El total de la operación ascendía a 4.326.614,45 euros y dado que se trataba de una suma importante, se les indicó que a buen seguro ésta debía estar garantizada con algo más que los propios inmuebles y bienes de la sociedad Belmorán, a lo que el hoy actor, conociendo lo que implicaba por su propia profesión de notario, a priori no tuvo inconvenientes en prestar las garantías personales, siempre y cuando éstas fueran equitativas, proporcionales y sobre todo temporales y así se le señaló; afirmándose que en ningún momento antes de la firma por parte de la entidad hoy demandada se les comunicó ni al hoy actor ni a sus socios los cambios a los que se iba a someter el contrato de arrendamiento financiero y cuyo punto principal radicaba en el contenido, extensión y características de la cláusula de afianzamiento personal, y no fue hasta instantes previos a la firma en su propia Notaría, cuando recibió información clara y veraz que le permitiera conocer las verdaderas características de la garantía. Y que incluía la renuncia a los beneficios fundamentales para el fiador, de división, excusión y orden, lo que se afirma constituye un abuso en dicha garantía, al ser impuesta por la entidad a los fiadores, y corresponde a la entidad hoy demandada acreditar que las concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, y que no se trata de cláusulas predisuestas, primer pilar básico del control de abusividad, el cual se afirma que no se cumple. Y se señala que en el "pacto" de fianza, no se hace referencia alguna a la responsabilidad universal del fiador, sino únicamente a su carácter "solidario", a las renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división y a la responsabilidad del fiador, en cantidad no determinada en la escritura. Señalándose que en este sentido y en la referente a la obligación accesoria de fianza, el fiador actúa como tal a título gratuito; y aun así, la entidad bancaria obliga a los fiadores a otorgar dicha fianza, como condición sine qua non para la concesión de la operación a la sociedad Inversiones Belmorán; y los fiadores actuaron movidos por una relación de necesidad y un elemento imperativo; en este caso se afirma que el (fiador consumidor) actúan condicionado por una imposición y una relación de necesidad, pero se obliga no con el titular sino con la entidad bancaria, lo que supondría que estarían en una situación más vulnerable que la de la S.L., sino se le hiciera al fiador extensivo el régimen general aplicable a todos los consumidores en sus relaciones con entidades bancarias, y se puntualiza que no consta expresado en la cláusula de afianzamiento, la distribución de responsabilidades, y el hoy actor hasta instantes antes de la firma de la meritada operación desconoce la extensión y la configuración de la citada cláusula que de haberla conocido con anterioridad no se habría firmado en dichos términos y se concluye que se está ante un ejercicio abusivo del derecho por parte de la entidad demandada, al exigir para la concesión de la operación, la configuración de una responsabilidad que recaiga indistintamente

en la parte titular de la misma, o en los fiadores no arrendatarios, pretendido la citada entidad bancaria adquirir garantías adicionales con las que asegurar el buen fin de la operación, haciendo a quienes ostentan el carácter de fiadores solidarios, asumir obligaciones en la misma proporción de quienes son los titulares del contrato. Y La cláusula de afianzamiento solidario y la renuncia a los derechos de excusión, división y orden se acomoda a las previsiones de la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#) , del Consejo de fecha 5 de abril de 1.993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; señalándose que con dicha renuncia el fiador quedaba en una situación jurídica menos favorable de la que sería razonable, atendiendo a la ya existencia de un deudor principal y se produjo de forma imperativa e injustificada; por lo que se solicita la estimación íntegra de la demanda iniciadora de esta litis.

### TERCERO

La parte demandada se opone a la estimación de la demanda y alega en primer término que era en el supuesto de autos necesario el reforzamiento de garantías, puesto que sobre un bien tasado en el mes de octubre de 2.003, en 1.878.854,40 euros se constituyó un arrendamiento financiero inmobiliario con una inversión de 2.765.000 euros y con un valor de 4.325.577,36 euros y se señala que los tres fiadores aportaron sus declaraciones de rentas y en su caso de patrimonio que contaban con abultados rendimientos, se niega que el actor tenga la condición de consumidor, es un cliente informado, es un Notario de profesión, no desconocía el alcance de la cláusula de fianza solidaria que firmaba, y que suponía la renuncia de los beneficios de excusión, orden y división, y se afirma que es difícil de creer que los fiadores dada su condición de Notarios dos de ellos y economista el tercero se enterasen en el momento de la firma de la inclusión de la fianza solidaria y máxime cuando la escritura se preparó en la misma Notaria, y porqué si ha sido tan perjudicial ha tardado trece años para interponer demanda de nulidad, y porqué los otros dos fiadores no ha la han interpuesto, y se sostiene que el actor no puede ser considerado consumidor, y se afirma que la fianza no es gratuita y sin contraprestación, ya que los tres fiadores solidarios avalaron a la sociedad de la que eran dueños y administradores, reforzando las garantías sobre una sociedad de la que participaban con ánimo de lucro, y no es aplicable el régimen por el que se regula el carácter abusivo de una cláusula al no contar el actor con la condición de consumidor. Por otra parte se afirma que no es abusivo la cláusula de afianzamiento solidaria y el [artículo 1.831](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) prevé expresamente la renuncia del derecho de excusión por parte del fiador y la meritada cláusula y al haberse firmado un contrato de arrendamiento financiero con un empresario no pueden ser objeto de un control de transparencia sustantiva, sino que únicamente cabe el control de incorporación previsto en los [artículos 7 y 8](#) de la [Ley 7/1998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#) de Condiciones Generales de la Contratación . Y aunque se sostiene que no cabe en el presente supuesto el control de transparencia

sustantiva, aplicable únicamente a los consumidores o usuarios, se sostiene que la fianza solidaria firmada satisface las estrictas exigencias de la transparencia sustantiva; y se señala que la entidad Inversiones Belmorán S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores en fecha 13 de septiembre de 2012 y estaba más que justificada la cautela de incluir como fiadores solidarios de la operación a los tres socios de la entidad Inversiones Belmorán S.L. y además administradores de ésta, para reforzar la falta de garantías y la escasa capacidad de pago de la operación; por otra parte se afirma que con el resto de cofiadores se ha alcanzado un acuerdo para zanjar la deuda que mantenía la entidad Inversiones Belmorán con la hoy demandada; por lo que se solicita se desestime la demanda iniciadora de esta litis.

#### CUARTO

En el acto de la audiencia previa quedaron fijados los siguientes hechos controvertidos: Si el demandante tenía la condición de consumidor. Como se realizó la negociación y la información proporcionada sobre la Cláusula de afianzamiento solidario cuya nulidad se solicita, y la forma como se incorporó al contrato. Si el demandante tenía un conocimiento jurídico especializado para conocer la cláusula de afianzamiento solidario, y si fue transparente su incorporación al contrato.

#### QUINTO

En relación a la institución de la fianza traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, de fecha 20 de septiembre de 2017 que en su fundamento jurídico tercero señala que: " La fianza es una relación jurídica contractual y no una cláusula contractual reguladora del contrato de préstamo, por más que el pacto de afianzamiento se documente en la póliza de préstamo. Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste ( [art. 1.822.1 CC \(LEG 1889, 27\)](#) ). Son notas características de la fianza, su carácter accesorio respecto de la obligación principal ya que no puede existir sin una obligación principal válida ( [art. 1.824 CC](#) ) y la subsidiaridad que implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple. La subsidiaridad es nota esencial de la fianza tanto solidaria como cuando existe beneficio de excusión. Lo que diferencia la obligación del fiador solidario y la obligación del deudor solidario en el plano de la relación jurídica con el acreedor, radica en que la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En suma, el incumplimiento previo del deudor principal, presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. El afianzamiento solidario o con renuncia al beneficio de excusión, implica que el fiador queda obligado de idéntica manera que el deudor principal y que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador ó contra ambos. El art. 1822 párrafo CC se remite a lo establecido en la Sección 4ª del [Capítulo III](#) del [Título I](#) del Código Civil, por lo la normativa aplicable es la contenida en los [artículos 1.137](#) y ss CC , y más

concretamente, lo dispuesto en el artículo 1.144 del C.C . Consiste el beneficio de excusión o de orden en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor ( [art. 1830 CC](#) ). El [art. 1830 CC](#) no es norma imperativa sino dispositiva y, por ende, el beneficio de excusión no es esencial a la fianza, pues el fiador, sin perder su función de tal, puede obligarse solidariamente con el deudor. El párrafo 2º del art. 1822 prescribe que si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección relativa a las obligaciones solidarias. Y el [art. 1831 CC](#) en lo que hace al caso, que la excusión no tiene lugar: 1º cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella, y 2º cuando se haya obligado solidariamente con el deudor. El beneficio de excusión implica que el fiador puede aplazar el cumplimiento de su obligación de pago mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda. Ahora bien, no debe servir de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio la acción del acreedor. Para conciliar ambos intereses establece el Código Civil las condiciones bajo las que el fiador puede hacer uso de dicho beneficio, que son, según el [art. 1832 CC](#) , las dos siguientes: 1ª) Que oponga dicho beneficio al acreedor luego que éste le requiera para el pago. 2ª) Que señale el fiador bienes del deudor que reúnan esta doble condición ser realizables dentro del territorio español, y ser suficientes para cubrir el importe de la deuda. No implica el beneficio de excusión que el acreedor haya de dirigir su demanda en primer término contra el deudor, y sólo después pueda dirigirse contra el fiador, pues con objeto de procurar la mayor economía en los gastos y tiempo de la reclamación el Código Civil permite que el acreedor pueda citar al fiador cuando demande al deudor principal, sin perjuicio de quedar siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos ( [art. 1834 CC](#) ). Señalaremos asimismo que es notorio que la fianza solidaria sin beneficio de excusión, orden y división es la modalidad contractual más utilizada en la práctica en los contratos de préstamo y, más si cabe, en los préstamos personales. El apartado 1 del [art. 1 LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) dispone que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La [STS 241/2013, de 9 de mayo \(RJ 2013, 3088\)](#) , establece que constituyen requisitos de las mismas los siguientes: a) contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o

estar destinadas a tal fin (apartado 137). Igualmente, como indica la referida sentencia: es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157).

Constituye doctrina pacífica y consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (así SSTs de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 ) que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto el [art. 3.2](#) de la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#) , como el [TRLGDCU \(RCL 2007, 2164\)](#) (art. 82.2). En concreto, la última resolución declara: Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial".

Y en el fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia en relación a la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división señala que:" Realizadas todas esas consideraciones que han quedado expuestas, se constata de la lectura de la sentencia de instancia que el Juzgador indica que nos encontramos ante una condición general, y a este respecto debe distinguirse entre la fianza (accesoria del contrato de préstamo) y la renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y extinción por parte del fiador, siendo así que En relación a la primera, no constituye condición necesaria para la formalización de un préstamo que un tercero afiance la obligación contraída por el prestatario. La intervención del fiador es voluntaria, si quiere interviene en la operación y si no quiere no lo hace, por lo que cabe concluir que si participa es perfectamente consciente de lo que ello significa, esto es, que se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste ( [art. 1.822](#) CC ). Ahora bien, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor ( [art. 1.830](#) CC ) y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer ( [art. 1837](#) CC ), salvo que así se pacte expresamente. Por tanto, la constitución de la fianza no



exige ineludiblemente la renuncia a los beneficios de excusión y división por parte del fiador, y no cabe deducir que ha habido negociación sobre dichos extremos del mero hecho de la constitución de aquélla. Pues bien, a la vista de todas las actuaciones practicadas, y dado que se sostiene por la parte demandante que no hubo una negociación con la entidad bancaria respecto a dicha cuestión controvertida, no existiendo elemento alguno para apreciar su existencia, salvo las alegaciones que la mencionada entidad verifica, había de concluirse que la misma constituye una condición general de la contratación, tal y como el mencionado Juzgador ha establecido en su resolución. Y, una vez alcanzada la mencionada conclusión, procede analizar la nulidad de la cláusula controvertida, por abusividad, al amparo de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, dado que dicha abusividad no ha sido apreciada en la resolución recurrida, y examinar, por un lado, si se ha dado cumplimiento por la entidad bancaria a los deberes de transparencia y, por otro, si se ha producido un desequilibrio importante, en contra de las exigencias de la buena fe, que se haya generado a aquellos de los demandantes que ostenta la posición de fiadores, y en tal condición, y a ese respecto también esta Sala se ha pronunciado previamente, señalando que: El citado precepto dispone que 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 [art. 10 bis y disposición adicional primera](#) de la [Ley 26/1984, de 19 de julio \(RCL 1984, 1906\)](#), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), norma en vigor al tiempo de celebrar el contrato del que trae causa la demanda. De acuerdo con el [artículo décimo](#) de la TRLGDCU las cláusulas deberán cumplir los siguientes requisitos, entre otros: a) corrección, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa y b) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye, las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los controles de inclusión (control de transparencia formal o documental) y de transparencia (control de transparencia real) y la validez de las denominadas cláusulas suelo en diversas resoluciones, entre ellas, las sentencias nº 241 de 9 de mayo de 2013 y nº 464 de 8 de septiembre de 2014, muchas de cuyas consideraciones son extrapolables al caso de autos. En concreto, por lo que respecta al control de transparencia real la STS de 9 de mayo de 201, indica que dicho control 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

(210). Por ello, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (211), de forma que se garantice que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa (213). Y la STS de 8 de septiembre de 2014 precisa: 6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13 , [artículos 5.5](#) y [7.b](#) de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU ) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, [STS de 26 de mayo de 2014 \(núm. 86/2014 \(RJ 2014, 3880\) \)](#)".

En primer término la cuestión a despejar, relativa a si la parte actora, dada su condición de Notario tiene la condición de consumidor, traemos a colación, el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 11 de septiembre de 2.014 en cuyo fundamento jurídico segundo establece que: "El artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios establece, con toda claridad, que es consumidor " la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial". Este concepto se centra en la esfera de actuación del sujeto o en el llamado acto de consumo, y difiere del de su predecesor en la Ley de 1.984, que hacia recaer el peso de la calificación en el destino que se daba al bien objeto del contrato, siendo así, que el destino privado o personal de los bienes adquiridos era lo que determinaba la calificación del adquirente como consumidor.

La Exposición de Motivos de la Ley de 2.007 justifica el cambio conceptual en la necesidad de aproximar, nuestra legislación a la normativa comunitaria, sin que ello implique el abandono de algunas particularidades de nuestro derecho como es la inclusión de las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido la oportunidad de definir el

concepto de actos de consumo en su sentencia de 14 de marzo de 1.991 (asunto Di Pinto), como "aquellos realizados para satisfacer necesidades familiares o personales", y el de consumidor final privado como "aquel que no participa en actividades comerciales o profesionales" en su sentencia de 21 de junio de 1.978(Asunto Bertrand ).

La noción acogida por el legislador es más amplia que la de la normativa anterior, y por ello precisamente se requiere una interpretación restrictiva, lo que implica tener en cuenta, que el nuevo concepto legal o abandona de forma absoluta el criterio anterior, ya que a la hora de interpretar el sentido que deba darse al "ámbito ajeno a su actividad empresarial", de conformidad con lo dispuesto en su Exposición de Motivos, deberá estarse al destino final que se dé al bien o servicio adquirido, lo que reafirma la circunscripción de los actos de consumo al ámbito privado o familiar".

Por su parte la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao, de fecha 19 de febrero de 2.015 en su fundamento jurídico tercero señala que:" Sobre el particular se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( de las Comunidades Europeas en la fecha), en su Sentencia de 22 de noviembre de 2.001, Caso Capel-Ideal Service, cuando dice: < el concepto de consumidor, tal como se halla definido en el [artículo 2, letra b](#) , de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que refiere exclusivamente a las personas físicas".

Y todo ello sin que suponga infracción alguna, por cuanto la conclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta compatible con el principio según el cual, las normas de protección de consumidores de la Unión Europea son normas de mínimos (art. 153.5 del Tratado). Es decir, la normativa interna puede ampliar el ámbito de protección sin que ello suponga que esta " extensión" de los derechos concedidos por el legislador interno suponga "ampliar", el ámbito de aplicación de las disposiciones legales comunitarias, que es lo que haría si se extendiera la noción del consumidor de las Directivas a supuestos no previstos en ellas. Cuestión distinta es que la normativa interna haya decidido extender su ámbito de protección."

Analizada la documentación obrante autos y las declaraciones efectuadas en el acto de la vista se desprende que, en el presente caso D. Constantino actuaba en calidad de empresario, era administrador solidario de la entidad Belmorán S.L. conjuntamente con D. Onesimo , también Notario y D. Vicente , economista. Compartían la Notaría, y eran socios en un tercio cada uno de ellos en la sociedad anteriormente referida, y la misma como señala en el acto de la vista D. Vicente afirma que en su despacho ya tenían las sociedades constituidas y después se compraban las participaciones, era una práctica habitual, y el mismo afirma que en

esos instantes actuaban como deudores del banco no como consumidores, no se trataba de concluir una operación de consumo sino un negocio inmobiliario y la buena marcha de la sociedad beneficiaba a todos los socios. Y D. Onesimo en el acto de la vista afirma que actuaron como empresarios, con ánimo de lucro.

De todo ello se desprende que la parte actora no ostenta la cualidad de consumidor y aplicando la anterior doctrina jurisprudencial resulta que en el caso enjuiciado no es de aplicación la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al no ostentar la parte prestataria la condición de consumidor. Es un contrato de arrendamiento financiero concluido con la finalidad de obtener beneficio económico, se utilizó una sociedad ya constituida, como señala el economista Sr. Vicente las tenían en su despacho ya constituidas, era práctica habitual, y se compraron las participaciones, el objeto de la sociedad Inversiones Belmorán S.L. era el arrendamiento del local a la entidad Caprabo, y con las rentas se pagarían las cuotas del arrendamiento financiero; se actuaba como empresarios y en una actividad profesional al margen de la propia actividad profesional de Notario y de Economista, para la obtención de un lucro con la inversión, por lo que no puede hablarse de consumidores y por tanto, tampoco de persona protegida por la normativa de consumidores.

Seguidamente debemos entrar en el estudio del control de las condiciones generales de contratación en los contratos concluidos con empresarios, y como establece la Sentencia número 367/16 del Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 3 de junio de 2.016 en su fundamento jurídico tercero : " El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial. 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. 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: «[e]n 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»[...]«las 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». 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."

Y como se señala en el fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia: "Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores. 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. 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». 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. 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". Y en relación al principio de buena fe dispone en el fundamento jurídico quinto que: "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). 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, entendiéndose 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".

Y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 20 de enero de 2.017 en su fundamento jurídico tercero en relación al control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios : " La doctrina general sobre este tema ha sido formulada por la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio , en la que se compendian todos los pronunciamientos previos. Como decíamos en esa resolución, 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. A su vez, la Sentencia de esta Sala 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: «[e]n 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»

«las 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»."

Y en el fundamento jurídico cuarto de la referida sentencia se determina que: " Excluida la posibilidad del control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor, la antes citada sentencia 367/2016, de 3 de junio , afrontó el problema de si les era aplicable el denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado o material. Como concluimos en dicha sentencia de Pleno, tal 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 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 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: «[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».

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. Conexión entre transparencia material y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 ), al decir en su párrafo 49 que: «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el [artículo 4, apartado 2](#) , de la Directiva 93/13 ». Y

precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

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 corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, porque 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".

## SEXTO

De la actividad probatoria desplegada en el presente procedimiento consta, aportada como documento cuatro de los aportados con el escrito de contestación a la demanda, copia de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, de fecha 3 de diciembre de 2.003 otorgada ante el Notario del Colegio Notarial de Blears, y como sustituto de su compañero D. Constantino y para su protocolo, en cuya virtud se establece que a partir de la fecha de la Junta General y Universal de fecha 3 de diciembre de 2.003, la entidad sea regida y administrada por tres administradores solidarios y nombrar como nuevos administradores solidarios por tiempo indefinido a D. Vicente , D. Onesimo y D. Camilo .

Y como documento número cinco de los aportados con el escrito de contestación a la demanda, copia de la escritura de fecha 5 de febrero de 2.004 de elevación a públicos de acuerdos sociales "Inversiones Belmorán S.L." consta que en la citada Junta General y Universal de fecha 16 de diciembre de 2.003 se tomó por unanimidad los siguientes acuerdos, en síntesis: primero.- Ampliar el capital social en cuarenta y siete mil novecientos ochenta y ocho euros, representado por 7.998 participaciones de 6, 00 euros de valor nominal cada una de ellas, numeradas de la 502 a la 8.499, ambas inclusive, confiriéndoles los mismos derechos sociales, políticos y económicos que las anteriormente creadas. Aceptar que las nuevas participaciones las números 502 a la 3.167, sean suscritas y desembolsadas íntegramente por los socios que integran el actual capital social en la forma que a continuación se detalla. D. Vicente , suscribe 2.666 participaciones, números 502 a 3.167, ambas inclusive, por un valor nominal conjunto de quince mil novecientos noventa y seis euros. D. Onesimo , suscribe 2.666 participaciones, números 3.168 a 5.833, ambas inclusive, por su valor nominal conjunto de quince mil novecientos noventa y seis euros. D. Constantino , suscribe las 2.666 participaciones números 5.834 a 8.499, ambas inclusive, por su valor nominal conjunto de Quince mil novecientos noventa y seis euros.

Como documento número uno de los aportados con el escrito de demanda consta copia de la escritura de fecha 28 de noviembre de 2.003 otorgada ante el Sr. Notario D. Victorino , actuando como sustituto de su compañero D. Constantino , por incompatibilidad del mismo y para su Protocolo.

Intervienen D. Camilo , apoderado y representante de la entidad Sa Nostra Inversiones Establecimiento financiero de crédito, y de otra parte D. Vicente , D. Onesimo y d. Constantino , por su propio nombre y derecho y además el Sr. Vicente en nombre y representación de la entidad mercantil Inversiones Belmorán S.L. En el Expositivo primero se establece que la entidad Sa Nostra Inversiones Establecimiento Financiero de Crédito adquiere por expreso mandato de la otra parte contratante y con el único fin de materializar lo que se describirá en la presente escritura que ha adquirido hoy por compra a Procencon S.L. las siguientes fincas número NUM000 de Orden, de la entidad número NUM001 de Orden, Finca Registral número NUM002 de Capdepera. Y la finca número NUM001 de orden de la entidad NUM003 de Orden, finca Registral número NUM004 de Capdepera.

Y en la estipulación primera consta que la arrendadora financiera Sa Nostra Inversiones cede a la parte arrendataria financiera (en adelante usuaria, la representada entidad Inversiones Belmorán S.L.), el uso, en régimen de arrendamiento financiero de los inmuebles descritos en el expositivo primero. En la estipulación tercera se hace constar que la inversión realizada por Sa Nostra Inversiones asciende a la cantidad de dos millones setecientos setenta y cinco mil euros, por la compraventa de los inmuebles. En la estipulación cuarta se establece que la utilización y disfrute por el usuario de los inmuebles arrendados se concierta por un plazo irrevocable que finalizará el día 5 de noviembre de 2.018. En la estipulación quinta se fija el precio del arrendamiento de las fincas descritas en el expositivo primero, que es a saber de tres millones ochocientos cincuenta mil cuatro euros, con ochenta y cuatro centimos de euros, para la entidad número NUM001 de Orden, IVA incluido al tipo del 16%, y cuatrocientos ochenta cinco mil quinientos setenta y dos euros con cincuenta y dos centimos de euro, para la entidad número NUM000 de orden, IVA incluido al tipo del 16%.

En la estipulación número décimo-novena se estipula que D. Vicente , D. Onesimo y D. Constantino en el presente contrato, en cualquier momento y en cuanto a la totalidad de la deuda del leasing inmobiliario se constituyen en fiadores solidarios de la entidad "Inversiones Belmorán S.L.", con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división y cualquier otro que pudiera corresponderles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 439 y ss del código de Comercio , y [artículos 1.144](#) , [1.822](#) , [1.831](#) y [1.837](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) relevando además a Sa Nostra Inversiones EFC; S.A. de toda notificación por falta de pago. Este afianzamiento subsistirá mientras no se haya recuperado totalmente las cuotas del arrendamiento financiero, haya o no exigido Sa Nostra Inversiones E.F.C. S.A a su vencimiento, el cumplimiento de la obligación principal, tanto

durante la vigencia del contrato, como de las prórrogas expresa o tácitas concedidas, aunque tales prórrogas expresas o tácitas concedidas se otorguen con posterioridad al requerimiento de pago hecho al deudor.

Consta como documento número seis aportado con el escrito de demanda que se dictó Auto de fecha 13 de septiembre de 2.012 en el expediente de concurso voluntario número 568/12 seguido en el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Palma de Mallorca , por el que se declaraba en concurso voluntario a la entidad Inversiones Belmorán S.L.

En el documento número uno aportado conjuntamente con el escrito de contestación a la demanda, consta informe de fecha 11 de noviembre de 2.003 de análisis de leasing inmobiliario a "Inversiones Belmorán S.L." en el que en la recomendación del mismo consta que se trata de una sociedad de reciente constitución y poco documentada. En principio las rentas que se podrían generar por el arrendamiento del local y aparcamientos a Caprabo S.A. serían insuficientes para el repago de las cuotas del leasing, de acuerdo con las condiciones planteadas. Este aspecto unido al porcentaje a financiar sobre el valor de tasación (147%) y la capacidad de rescisión del contrato por parte de Caprabo S.A, después del quinto año nos decantaría por desaconsejar la operación por el elevado riesgo. No obstante las cuantiosas rentas generadas por los tres socios Sr. Onesimo , Constantino y Vicente entendemos que subsanarían parte de las debilidades comentadas por lo que la operación podría ser considerada en los siguientes términos: Aval Solidario de los tres socios. Financiación máxima del 100% del valor de tasación, preferiblemente en torno al 80%. Reducción del plazo a doce años.

En el documento número dos de los aportados con el escrito de contestación a la demanda se tasa emitido por la entidad Tinsa, en 1.878.854,40 euros, valor de tasación de la finca registral número NUM002

En el acto de la vista en el interrogatorio de D. Constantino , Notario en ejercicio, afirma que no recuerda bien si la escritura de arrendamiento financiero fue firmada en su notaria, fue firmada por sustitución, y señala que él se enteró de la cláusula de afianzamiento solidario en el momento de la firma, sabía lo del arrendamiento financiero, pero no sabía lo de la cláusula de afianzamiento solidario. Él sabía que se trataba de un leasing, arrendamiento financiero, pero no le comunicaron que la firma era como fiador hasta el momento de firmar. Afirma que él no estuvo en las negociaciones del contrato de arrendamiento financiero, lo llevaba Vicente y se dijo que pagarían el leasing con el alquiler. Él no tuvo relación con los tramitadores de Sa Nostra. Y afirma que es cierto que se creó la sociedad Belmorán para esta función de adquisición de local y cederlo en arrendamiento a Caprabo. Él como Notario sabe lo que es un afianzamiento solidario y que implica la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, pero aquí él actuaba como consumidor y fue una imposición del Banco, no negoció el pacto de fianza solidaria y reconoce

que es cierto que él era administrador solidario pero no actuaba en la sociedad, era socio. Y es cierto que la buena marcha de la sociedad le beneficiaba y evidentemente hubiera participado en ella. Los otros socios de la sociedad son Vicente y Onesimo , y en la operación de arrendamiento financiero. Sostiene que lo firmó porque estaba en un despacho compartido con el Notario Sr. Onesimo y él no firmarlo le hubiera acarreado un desahucio, y no aceptarlo perjudicaría su relación personal con el Sr. Onesimo , pero sostiene que lo hizo con abuso o imposición por parte del Banco. Preguntado si la operación se firmó en el año 2.003 y tardó trece años para interponer la demanda solicitando la nulidad de la referida cláusula, afirma que fue cuando recibió el requerimiento de pago por parte del banco le notificaron la deuda y él les contestó que plantearía una demanda. Preguntado si Inversiones Belmoral está en liquidación y no tiene sentido la exclusión, afirma que él pide la nulidad de la cláusula de afianzamiento. Y es cierto que los Sres. Onesimo y Vicente cerraron un acuerdo con la entidad bancaria BMN, pero sin contar con él, él recibió el Acta notarial pero no le mandaron las condiciones del acuerdo, él recibió el requerimiento notarial y les pidió que le remitieran las condiciones del acuerdo y no se le dieron y tuvo que reclamarlo judicialmente.

En la declaración testifical de D. Onesimo afirma que es Notario en ejercicio y es cierto que la escritura se firmó en la Notaria, era de su Protocolo él conocía la cláusula, eran socios de despacho. Él se lo comentó lo de ser fiador solidario de forma previa a la firma, lo sabían los tres. Y afirma que él consideraba normal que fueran fiadores, ya que iban a adquirir un bien y no tenía patrimonio la sociedad, y ellos firmaron como fiadores. Y afirma que Sa Nostra les comentó que era condición que firmaran los tres como fiadores. No sabe con quien negoció de la entidad Sa Nostra, ya no lo recuerda. La sociedad se constituyó para el arrendamiento del local de Caprabo. La sociedad compró el local y con el arrendamiento se pagaría el arrendamiento financiero. Era normal que firmaran como fiadores solidarios, la sociedad no tenía patrimonio y era normal que la entidad se lo pidiera. El como Notario sabe que es una afianzamiento solidario y los beneficios de orden, excusión y división. Ellos eran como empresarios, lo hicieron con ánimo de lucro y con el Sr. Constantino se hizo a continuación otra operación parecida. Eran socios, una tercera parte cada uno de ellos en la sociedad y eran administradores solidarios y si les iba bien se beneficiaban los tres socios en una tercera parte cada uno. Afirma que él no tuvo problemas para firmar la cláusula y no la consideró abusiva, la consideraba normal atendidas las circunstancias, y la entidad Inversiones Belmoran es cierto que está liquidada. El llegó a un acuerdo con BMN y pagaron unos 900.000 euros les hicieron una quita importante, el banco le invitó a participar en el acuerdo, y se intentó que el Sr. Constantino pagase, y lo intentaron los socios. Y le reclaman al Sr. Constantino los 300.000 euros que es la tercera parte. Preguntado si antes de la operación hicieron otra en Ibiza con el sr. Constantino , afirma que sí pero que cree que fue posterior y no sabe si hubo reproches y conflictos. Preguntado quien llevó las negociaciones con el banco para formalizar el leasing e

incluir la cláusula de afianzamiento solidario afirma que tenían buena amistad, pero no recuerdo si hablaron los tres con el banco en las negociaciones.

En la declaración testifical de D. Vicente afirma que en la actualidad está ya jubilado pero en el momento de las operaciones era economista y la escritura se firmó en la Notaria del Sr. Constantino , no sabe si era de su Protocolo, pero afirma que sabían que iban a actuar como fiadores solidarios, era condición de la operación que se firmara como fiadores solidarios. Señala que él no sabe con quien negoció de la entidad Sa Nostra, no lo recuerda, dice que fueron varias personas. Pero reconoce que fue él como persona física quien llevó las negociaciones. Y la entidad Inversiones Belmoral era de reciente constitución, y señala que él en su despacho ya tenían sociedades constituidas y después se compraban las participaciones, era práctica habitual. Les prestaban el 100% del valor y era normal que pidieran un aval, era una condición, y a ellos les parecía adecuada, si se les prestaba el 100%, que la fianza fuera solidaria, él sabe que es la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión. No actuaba como consumidor, en aquel momento actuaba como deudora del banco, no como consumidor, era una operación de arrendamiento financiero y la finalidad de la operación no era el consumo sino un negocio inmobiliario. Eran administrador solidario y socio en un tercio, y si la sociedad marchaba bien le beneficiaba. Los tres eran socios en un tercio cada uno. Y es cierto que la entidad Belmoral está en concurso, el mismo se vio en la obligación de presentar concurso ya que el inquilino dejó el edificio y el leasing vencía y tenían que ampliar capital, que no podían o presentar concurso, era su obligación legal. Afirma que la entidad BMN les reclamó la deuda, llegaron a un acuerdo sobre unos 900.000 euros, se les hizo una quita importante. Preguntado si sabe si el Banco invitó a participar en el acuerdo al Sr. Constantino afirma que sí que se le enviaron notificaciones, pero no sabe los detalles, y el Sr. Constantino no les contestó y no les dijo que no podía pagar. Y ellos le reclaman la parte que ellos pagaron, que corresponde al Sr. Constantino .

De la prueba practicada y estimada según las reglas de la sana crítica y facilidad probatoria ha quedado acreditado que D. Constantino , no actuaba en calidad de consumidor o usuario, sino como empresario, si bien ello no obsta como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2.016 y 20 de enero de 2.017 que pueda apreciarse la existencia de un abuso de posición dominante por parte de la entidad bancaria, y que deberán aplicarse las normas generales de la nulidad contractual, y entendiendo que es abusiva una cláusula por ser contraria a la buena fe o que causa desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

En nuestro supuesto y aplicando la anterior doctrina jurisprudencial debemos señalar que de la prueba practicada, en concreto en la testifical de D. Vicente , el propio Sr. Vicente afirma que fue él físicamente quien negoció con los representantes de la entidad demandada y pese a ello, no nos puede determinar

con quien o quienes negoció, tampoco recuerda el Sr. Onesimo con que personas se negoció, ya no se acuerda. Ha quedado acreditado que se preparó en la Notaria en la que estaban los tres, el Sr. Constantino , el Sr. Onesimo y el economista Sr. Vicente , y se otorgó ante el Notario Victorino , quien actuó por sustitución de su compañero Sr. Constantino y para su Protocolo, si bien, en cuanto a la cláusula de afianzamiento solidario no acredita la parte demandada que fuera negociada con el Sr. Constantino , con anterioridad al momento de la firma, y el Sr. Constantino , Notario en ejercicio, conoce perfectamente y jurídicamente el significado de la fianza solidaria, y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división y ello por su condición de notario y jurista, y lo firmó sin negociar haber negociado la misma, y por imposición del banco puesto que ha sido reconocido que era condición sine qua non para concluir la operación de leasing inmobiliaria, y en última instancia, lo firmó compelido y condicionado por circunstancias externas, renunciado a los beneficios del fiador, de excusión, división y orden; y por imposición de la entidad bancaria, puesto que como bien se detalla ya en el informe aportado como número uno del escrito de contestación a la demanda, en el análisis del referido contrato de leasing inmobiliario de Inversiones Belmorán S.L., la inversión era de 2.765.000 euros, el valor de tasación era de 1.878.854 euros y en la recomendación que se efectúa en dicho informe, consta que se trata de una sociedad de reciente constitución y poco documentada. En principio las rentas que se podrían generar por el arrendamiento del local y aparcamientos a Caprabo S.A. serían insuficientes para el repago de las cuotas del leasing, de acuerdo con las condiciones planteadas. Este aspecto unido al porcentaje a financiar sobre el valor de tasación (147%) y la capacidad de rescisión del contrato por parte de Caprabo S.A, después del quinto año nos decantaría por desaconsejar la operación por el elevado riesgo. No obstante las cuantiosas rentas generadas por los tres socios Sr. Onesimo , Constantino y Vicente entendemos que subsanarían parte de las debilidades comentadas por lo que la operación podría ser considerada en los siguientes términos: Aval Solidario de los tres socios. Financiación máxima del 100% del valor de tasación, preferiblemente en torno al 80%. Reducción del plazo a doce años; por lo que ha de deducirse que se trataba de una imposición, por parte de la entidad bancaria y desde el primer momento, por parte del banco para proceder a la conclusión de la operación de leasing inmobiliario, y que fue negociada por el Sr. Vicente y que también conocía su extensión el Sr. Onesimo , y no le extrañó y consideró normal que fueran fiadores solidarios puesto que iban a adquirir un bien y no tenía patrimonio la sociedad, y dadas las circunstancias afirma que él no la consideró abusiva; y afirma que la entidad Sa Nostra, les comentó que era una condición para la conclusión de la operación que firmaran los tres, y afirma que no sabe con quien se negoció de Sa Nostra, ya no lo recuerda; en definitiva esta juzgadora en base a la estimación de la prueba practicada en base a las reglas de la sana crítica y facilidad probatoria concluye que el banco condicionó desde un primer momento el buen término de la operación a la inclusión de la cláusula de aval solidario y se



aseguró en base a su posición dominante el aseguramiento de su posición y resultado de la operación en cualquier caso mediante la cláusula de aval solidario, la cual no consta de forma fehaciente que hubiera sido negociada previamente con el Sr. Constantino , por lo que es procedente declarar la nulidad de la referida cláusula del contrato de arrendamiento financiero de fecha 28 de noviembre de 2.003 por abusiva.

#### SÉPTIMO

.- En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo prevenido en el artículo 394.2 de la L.E.C , al desestimarse la demanda, las costas causadas deben ser impuestas a la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

#### FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Onofre Perelló Alorda, en representación de D. Constantino contra la entidad Sa Nostra Inversiones (Banco Mare Nostrum S.A.) y debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula de afianzamiento contenida en la escritura de arrendamiento financiero, con número de Protocolo 6558 suscrita por las partes, en fecha 28 de noviembre de 2.003, por su carácter abusivo.

Se hace expresa condena en costas a la entidad demandada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

Esta resolución no es firme, contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado, en el plazo improrrogable de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación ( [artículo 458.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34\)](#) , redactado según la reforma de la [Ley 37/2011, de 10 de octubre \(RCL 2011, 1846\)](#) , de medidas de agilización procesal).

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma Dña. MARGARITA BOSCH FERRAGUT, Juez Ssta. del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Palma de Mallorca.

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada que ha sido esta sentencia, hallándose celebrando Audiencia Pública, la Sra. Juez que la dictó.